Die Schuldfähigkeit der Kinder und Jugendlichen im älteren und neueren Strafrecht.

Inaugural-Dissertation

der juristischen Fakultät
der Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Friedrich Hutt
Referendar aus Nürnberg

Approbiert am 22. Dezember 1929

Gedruckt
im Tageblatt-Haus, Coburg
1930

30:341

Referent: Univ.-Professor Dr. A. Kőhler.

R. UNIV.
BIBLIOTHEEK
LEIDEN

Dem Gedenken meiner Eltern

Inhaltsübersicht.

Seite

Literaturangabe . . . . . VII—XII
Einleitung 1

Erster Abschnitt:

Dogmatischer Teil.

§ 1. Schuld und Altersreife. Das Problem: Altersreife und Schuldfähigkeit 5
§ 2. Der Zurechnungsfähigkeitsbegriff 6
§ 3. Mangelnde Altersreife als Grund fehlender Zurechnungsfähigkeit (Die „Jugendunzurechnungsfähigkeit“) . . 15
§ 4. Mangelnde Altersreife als Grund verminderter Zurechnungsfähigkeit 22
§ 5. Der Strafunmündigkeitsbegriff 25

Zweiter Abschnitt:

Die Schuldfähigkeit des Kindes im Deutschen Recht.
(Strafunmündigkeit und Unzurechnungsfähigkeit.)

§ 6. Geschichtliches 29
§ 6a. Fortsetzung: § 55 R.St.G.B. Schuld- oder nur persönlicher Strafausschließungsgrund? 38
§ 7. Das geltende Recht: § 2 J.G.G. 41

Dritter Abschnitt:

Die Schuldfähigkeit des Jugendlichen im Deutschen Recht.
(„Relative“ Strafmündigkeit und Zurechnungsfähigkeit.)

§ 8. Geschichtliches 45
§ 8a. Fortsetzung: „Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ (§ 56 R.St.G.B.) 50
§ 9. Die Reformbestrebungen und die Gesetzentwürfe 1909 bis 1919 57
§ 10. Das geltende Recht: § 3 J.G.G. 66

Vierter Abschnitt:

§ 11. Die Teilnahme an der Straftat eines Kindes oder Jugendlichen nach dem geltenden Rechte (§ 4 J.G.G.) . . . 80

Literaturangabe.

A. Kommentare zum Reichsstrafgesetzbuch:

Ebermayer - Lobe - Rosenberg, Reichsstrafgesetzbuch. 2. Aufl. 1922 und 4. Aufl. 1929. (Zit. „Leipziger Komm. (2)" oder „Leipz. Komm. (4)").

Frank, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8.—10. Aufl. 1911 und 16. Aufl. 1925. (Zit. „Frank, Komm. (8/10)" oder „Frank, Komm. (16)").

Olshausen, Kommentar zum Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 8. Aufl. 1909 (zit. „Olshausen, Komm. (8)") und 11. Aufl. 1927 (herausgeg. von Lorenz-Freiesleben-Niethammer-Kirchner-Gutjahr, zit. „Olshausen, Komm. (11)").

Oppenhoff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 14. Aufl. 1901, herausgeg. von Delius. (Zit. „Oppenhoff-Delius, Komm. (14)").

Rubo, Kommentar über das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. 1879. (Zit. „Rubo, Komm.")

Rüdorff, Das Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich mit Kommentar. 4. Aufl. 1892, herausgegeben von Stenglein. (Zit. „Rüdorff-Stenglein, Komm.")
(Ferner: Oppenhoff, das Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1867.)

B. Kommentare, bezw. erläuterte Textausgaben des Jugendgerichtsgesetzes:

Francke, Das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. 2. Aufl. 1926. (Zit. „Francke, J.G.G.")

Heß, Jugendwohlfahrtsrecht. Reichsjugendwohlfahrtsgesetz, bayr. Jugendamtsgesetz, Reichsjugendgerichtsgesetz. 1926. (Zit. „Heß, J.G.G.")

Hellwig, Jugendgerichtsgesetz. 1923. (Zit. „Hellwig, J.G.G.")

Kiesow, Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923. 1923. (Zit. „Kiesow, J.G.G.")

Riß-Weitpert-Richter, Jugendwohlfahrtsrecht Bd. II: Jugendgerichtsgesetz. 1926. (Zit. „Riß - Weitpert - Richter, J.G.G.")

C. Lehr- und Handbücher, Grundrisse, Werke von allgemeinerer Bedeutung:

Allfeld, Lehrbuch des deutschen Strafrechts. Begr. von Hugo Meyer. 8. Aufl. 1922. (Zit. „Allfeld, Lehrb. (8)".)

v. Bar, Gesetz und Schuld im Strafrecht Bd. II: Die Schuld nach dem Strafgesetze. 1907. (Zit. „v. Bar, Gesetz und Schuld II".)

Beling, Grundzüge des Strafrechts. 6.—7. Aufl. 1920 und 7.—8. Aufl. 1925 (zit. „Beling, Grundzüge (6/7)" oder: „Beling, Grundzüge (7/8".)

Berner, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 17. Aufl. 1895.

Binding, Lehrbuch des gemeinen deuschen Strafrechts. Bd. I u. II. (Zit. „Binding, Lehrb. I", „Binding, Lehrb. II".) 1902/05.
— Grundriß des deutschen Strafrechts, allgemeiner Teil. 7. Aufl. 1907. (Zit. „Binding, Grundriß".)
— Die Normen und ihre Uebertretung Bd. II, 1. Hälfte. 2. Aufl. 1914. (Zit. „Binding, Normen II, 1".)
Finger, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. Bd. I. 1904.
Geyer, Grundriß zu Vorlesungen über gemeines deutsches Strafrecht. Bd. I u. II. 1884/85. (Zit. „Geyer, Vorlesungen".)
Hälschner, System des preußischen Strafrechts Bd. I. 1858.
— Das gemeine deutsche Strafrecht Bd. I. 1881.
Köhler, Deutsches Strafrecht. Allgemeiner Teil. 1917. (Zit. „Köhler, Lehrb.")
Kohler, Studien aus dem Strafrecht. 1900.
Liepmann, Einleitung in das Strafrecht. 1900.
v. Liszt, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 21.—22. Aufl. 1919. (Zit. „v. Liszt, Lehrb. [21/22]".)
— Strafrechtliche Aufsätze und Vorträge Bd. I u. II. (Zit. „v. Liszt, Aufsätze I", „Aufsätze II".)
v. Liszt und Crusen, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart in rechtsvergleichender Darstellung. Bd. 1. 1894. (Zit. „v. Liszt, De Strafgesetzgebung der Gegenwart".)
A. Merkels Lehre von Verbrechen und Strafe, herausgegeben von Liepmann. 1912. (Zit. „Merkel-Liepmann, Lehre von Verbrechen und Strafe".)
Mommsen, Römisches Strafrecht. 1899.
Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts Bd. I. 1838.
Wachenfeld, Lehrbuch des Deutschen Strafrechts. 1914. (Zit. „Wachenfeld, Lehrb.")
Wilda, Das Strafrecht der Germanen. 1842.

D. Abhandlungen:

a) Strafrechtliche:

Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder. 1892.
Aschaffenburg: Das Verbrechen und seine Bekämpfung. 1906.
Aschrott, Die Behandlung der verwahrlosten und verbrecherischen Jugend. 1892.
Badstübner, Jugendstrafrecht und Wohlfahrtsverwaltung in ihren wechselseitigen Beziehungen. 1920.
Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewußtsein der Normwidrigkeit. (Diss.) 1898.
Baumert, Ueber die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen. 1877.
Baumgarten, Aufbau der Verbrechenslehre. 1913.
Beling, Methodik der Gesetzgebung, insbesondere der Strafgesetzgebung. Zugleich ein Beitrag zur Würdigung des Strafgesetzentwurfs 1919. (Zit. „Beling, Methodik".) 1922.
Borchert, Strafrechtliche Verantwortung für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme am Verbrechen und die mittelbare Täterschaft. 1888.
van Calker, Ethische Werte.
— Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen. 1891.

Dambach, Das Telegraphenrecht nach der deutschen Gesetzgebung. In „Der Gerichtssaal" Bd. 23 S. 260 ff. (auch Sonderabdruck).
Graf zu Dohna, Willensfreiheit und Verantwortlichkeit. 1907.
Hold von Ferneck, Die Idee der Schuld. 1911.
Frank, Ueber den Aufbau des Schudbegriffs. In Festschrift der juristischen Fakultät in Gießen. 1907.
Freudenthal, Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht. Zugleich ein Beitrag zur Kritik des Entwurfs zu einem Deutschen Strafgesetzbuch von 1919. 1922.
Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung. 1906. (Soweit in der Arbeit französische Literatur berücksichigt wurde, ist sie — im allgemeinen — nach Fuchs zitiert.)
Gerland, Die materiell-rechtlichen Bestimmungen des Jugendgerichtsgesetzes. In Festschrift für Rosenthal. 1923.
Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage. 1897. Derselbe: Die Zurechnungsfähigkeit usw. Eine Replik. 1899.
Grimm, Jugendliches Alter als Schuldausschließungsgrund. (Diss.) 1910.
Grüder, Die strafrechtliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen im geltenden Recht und im Vorentwurf. (Diss.) 1911.
Hahn, Die Strafrechtsreform und die jugendlichen Verbrecher.
Hasler, Die jugendlichen Verbrecher im Straf- und Strafprozeßrecht (mit besonderer Berücksichtigung des Vorentwurfs zu einem schweizerischen Strafgesetzbuch und der zürcherischen Strafprozeßreform). (Diss. Zürich.) 1908.
Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz. 1903.
Hellwig, Der Krieg u. die Kriminalität der Jugendlichen. 1916.
Janka, Die Grundlagen der Strafschuld. 1881.
Köhler, Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung. 1909.
Kohlrausch, Sollen und Können. 1910.
Koehne, Entwurf zu einem Reichsgesetz, betr. die Ahndung und Verfolgung strafbarer Handlungen, welche von jugendlichen Personen begangen wurden. 1908.
Lehmann, Jugendliche als Werkzeug zur Begehung strafbarer Handungen. (Diss.) 1911.
Levy-Suhl, Prüfung der sittlichen Reife jugendlicher Angeklagter und Reformvorschläge zum § 56. In Zeitschrift für Psychotherapie und medizinische Psychologie. (Zit. „Z. f. Ps. u. Ps.") Bd. IV. 1912.
Liepmann, Die Kriminalität der Jugendlichen und ihre Bekämpfung. 1909.
v. Lilienthal, Zurechnungsfähigkeit. In „Vergeichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil." Bd. 5 S 1 ff. Derselbe, ebenda S. 103 ff.
Ludwig, Die Lehre von der Teilnahme im amtlichen Entwurf. 1927.
Lukas, Die subjektive Verschuldung im heutigen deutschen Strafrecht. 1882.
M. E. Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten. 1901. — Rechtsnormen und Kulturnormen. 1903.
v. Meyendorff, Einfluß des jugendlichen Alters auf die strafrechtliche Zurechnung. (Diss.) 1862.

Michel, Die akzessorische Natur der Teilnahme nach den Vorentwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch. (Diss.) 1915.
Neter, Die Behandlung der straffälligen Jugend. 1908.
Oetker, Das Strafverfahren gegen Jugendliche. 2. Beilagenheft zu „Der Gerichtssaal" Bd. 74.
Radbruch, Der Handlungsbegriff. 1904.
v. Rohland, Die Willensfreiheit und ihre Gegner. 1905.
— Die soziologische Strafrechtslehre. 1911.
Schurig, Die strafrechtliche Bedeutung der sogen. verminderten Zurechnungsfähigkeit. (Diss.) 1911.
Schmidt, Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht (Diss.) 1902.
v. Slupecki, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im Gemeinen Deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht. (Diss.) 1895.
Wahlberg, Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege. 1869.
Werthauer, Strafunrecht. 1919.
Zöpfl, Die peinliche Gerichtsordnung Kaiser Karls V.

b) Außerstrafrechtliche:

Cramer, Entwicklungsjahre und Gesetzgebung. 1902.
Förster, Schuld und Sühne. Einige psychologische und pädagogische Grundfragen des Verbrecherproblems und der Jugendfürsorge. 1911.
Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiatrie. 1901.
Hoffmann, Psychologie der straffälligen Jugend. 1919.
— Die Reifezeit. Probleme der Entwicklungspsychologie und Sozialpädagogik. 2. Aufl. 1926.
Kramer, Psychopathische Veranlagung und Straffälligkeit im Jugendalter. In „Beiträge zur Kinderforschung und Heilerziehung" Heft 162.
Landsberg, Behördiche Jugendpflege. 1914.
Petersen, Jugendfürsorge. 1915.
Rehm, Das Kind in der Gesellschaft. 1925.
Spranger, Psychologie des Jugendalters. 1925.

E. Zeitschriften, Verhandlungsberichte, Sammlungen von Entscheidungen.

Archiv für gemeines deutsches und preußisches Strafrecht (Goltdammers Archiv). (Zit. „Goltd.A.")
Blätter für Gefängniskunde. (Zit. „Bl..f.Gef.K.")
Der Gerichtssaal. (Zit. „Ger.S.")
Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen. (Zit. „E.")
Mitteilungen der Internationalen Kriminalistischen Vereinigung.
Verhandlungen des 27. Deutschen Juristentages 1904. 4 Bde. (Zit. „Vhdl. d. 27. D.J.T.")
Vergleichende Darstellung des deutschen und ausländischen Strafrechts. Allgemeiner Teil. (Zit. „V.D., Allg. Teil".)
Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft. (Zit. „Z.St.W.")
Deutsche medizinische Wochenschrift 1909.
Stimmen der Zeit. Bd. 99.
Zeitschrift für das Armenwesen. 21. Jahrg.

Zentralblatt für Vormundschaftswesen, Jugendgerichte und Fürsorgeerziehung. (Zit. „Z.Bl.")

Deutsche Zentrale für Jugendfürsorge, Schriften des Ausschusses für Jugendgerichte u. Jugendgerichtshilfe. (Zit. „D.Z.f.Jfge., Schr.d.A.f.J.u.J.")

F. Gesetze und Gesetzesmaterialien:

Allgemeines Landrecht für die preußischen Staaten vom 5. Februar 1794.

Bürgerliches Gesetzbuch für das Deutsche Reich vom 18. August 1896. („B.G.B.")

Code pénal vom 22. Februar 1810.

Die Landesstrafgesetzbücher des vorigen Jahrhunderts nach der „Sammlung der Deutschen Strafgesetze", von Stenglein 1858 herausgegeben.

Entwurf des Kriminalgesetzbuches für die preußischen Staaten. Allgemeiner Teil. 1827.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. I. Teil. 1830.

Revidierter Entwurf des Srafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1833.

Revidierter Entwurf des Strafgesetzes für die preußischen Staaten. 1836.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten nach den Beschlüssen des Königlichen Staatsrats. 1843.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten 1846.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten 1847.

Entwurf des Strafgesetzbuches für die preußischen Staaten. 1850.

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. 1869.

Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. („Bundesrats-Entw.") 1870.

Entwurf eines Gesetzes, betr. Aenderungen des Gerichsverfassungsgesetzes und Entwurf einer Strafprozeßordnung. Reichstag, 12. Legislaturperiode, 2. Session 1909/11. Drucksachen Nr. 638.

Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren gegen Jungendliche. Reichstag, 13. Legislaturperiode, 1. Session 1912. Drucksachen Nr. 576.

Bericht der 13. Kommission über den Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren gegen Jugendliche. Nr. 576 der Drucksachen des Reichstags. Reichstag, 13. Legislaturperiode, 1. Session 1912/13. Drucksachen Nr. 1054.

Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes. Reichstag, Tagung 1920. Drucksachen Nr. 37.

Entwurf eines Jugendgerichtsgesetzes. Reichstag, 1. Wahlperiode 1920/22. Drucksachen Nr. 5171.

Entwürfe zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums; Berlin 1921. Erster Teil: Entwurf der Strafrechtskommission (1913). Zweiter Teil: Entwurf von 1919.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs. Reichsrat, Tagung 1924. Drucks. Nr. 174. (Zit. „Entwurf 1925".) Dazu Begründung: Amtlicher Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuchs, veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizministeriums; Berlin 1925. Zweiter Teil: Begründung.

Entwurf eines Allgemeinen Deutschen Strafgesetzbuches. Vom Reichsminister der Justiz im Mai 27 dem Reichstag vorgelegt. (Mit Begründung.) Reichstag, 3. Wahlperiode 1924/27. Drucks. Nr. 3390. (Zit. „Entwurf 1927".)
Gutachten der Königlichen Wissenschaftlichen Deputation für das Medizinalwesen über mehrere bei der Bearbeitung eines Strafgesetzbuches für das Gebiet des norddeutschen Bundes zur Erwägung gestellte gerichtlich-medizinische Fragen. Anlage 3 zu den Motiven des Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. 1869.
Motive zum Entwurf eines Strafgesetzbuches für den Norddeutschen Bund. 1870.
Verfassung des Deutschen Reichs. Vom 11. August 1919. („R.V.")
Strafgesetzbuch für das Deutsche Reich. Vom 15 Mai 1871. (Zit. „R.St.G.B.")
Vorentwurf zu einem Deutschen Strafgesetzbuch. Veröffentlicht auf Anordnung des Reichsjustizamtes 1909. Nebst Begründung. (Zit. „Vorentw. 1909" oder nur „V.E.")
Goltdammer, Materialien zum Strafgesetzbuch für die preußischen Staaten. 1851—52.

Allgemeine Bemerkungen: Die dem Titel (eines Buches, einer Zeitschrift usw.) unmittelbar nachfolgende — nicht eingeklammerte — Zahl bedeutet stets die Angabe des entsprechenden Bandes.

Der Angabe der Seitenzahl geht stets ein „S." (= Seite) voraus.

Erklärungen und Abkürzungen

(soweit nicht schon bei der Literatur geschehen):

a. A.	=	anderer Ansicht; a. M. = anderer Meinung
a. a. O.	=	am angeführten Orte
a. E.	=	am Ende
Art.	=	Artikel
Begr.	=	Begründung
bezw.	=	beziehungsweise
d. h.	=	das heißt
gl. M.	=	gleicher Meinung; gl. A. = gleicher Ansicht
h. M.	=	herrschende Meinung
J.G.G.	=	Jugendgerichtsgesetz
m. E.	=	meines Erachtens
I.K.V.	=	Internationale Kriminalistische Vereinigung
N.	=	Note
o.	=	oben; u. = unten
R.G.	=	Reichsgericht
S.	=	Seite, oder auch = siehe
u. a.	=	unter anderem
vgl.	=	vergleiche
z. B.	=	zum Beispiel
Ziff.	=	Ziffer

Einleitung.

Es ist ohne Zweifel heiligste Pflicht einer Volksgemeinschaft, die Sorge für die Erziehung ihres Nachwuchses als eine ihrer wichtigsten und vornehmsten Aufgaben zu betrachten. Das Kind, der Jugendliche hat ein „Recht" auf Erziehung zur leiblichen, seelischen und gesellschaftlichen Tüchtigkeit nicht nur gegen seine Eltern, sondern auch gegen die Gemeinschaft. Der Staat muß darüber wachen, daß dem Kinde dieses Recht in erster Linie von seinen Eltern zuteil wird (vgl. R.V. Art. 120); er hat aber auch die Pflicht, in den Fällen des völligen oder teilweisen Versagens der Eltern — sei es mit, sei es ohne deren Verschulden — die Erziehung des Kindes selbst zu übernehmen oder wenigstens helfend, unterstützend einzugreifen. Und zwar muß dies alles rechtzeitig geschehen! Die Staatsgewalt darf nicht, wie es bei uns bis in die neueste Zeit herein der Fall war, erst dann in Tätigkeit treten, wenn die Gefahr völliger Verwahrlosung droht oder die Verwahrlosung durch Straflosigkeit oder in sonstiger Weise bereits in Erscheinung getreten ist; sie muß vielmehr schon dann vorbeugend sich betätigen, sobald nur die geringste Gefahr einer Verwahrlosung besteht.

In dieser Hinsicht war eine Verbesserung des bisherigen Rechtes (B.G.B. §§ 1666, 1838; St.G.B. §§ 55, 56 II) unbestreitbar geboten. Daß uns das Reichsgesetz für Jugendwohlfahrt vom 9. Juli 1922 diese gebracht hat, erfüllt wohl jeden, dem die Sorge für unsere Jugend am Herzen liegt, mit lebhafter Freude.

Auch auf einem andern Gebiete des Jugendrechtes, auf dem die Reform des bisherigen Rechtes vielleicht noch dringlicher war als auf dem der Jugendfürsorge, hat uns die Gesetzgebung der Nachkriegszeit ein wertvolles Geschenk beschert, nämlich die Reform des Jugendstrafrechtes durch das Jugendgerichtsgesetz vom 16. Februar 1923.

Es ist zwar nicht zu bestreiten, daß das J.G.G. in seinen Einzelheiten zu mancherlei Kritik Anlaß zu geben vermag. Aber als Ganzes betrachtet muß dieses wichtige Reformwerk doch als gelungen bezeichnet werden. Die grundsätzlichen Neuerungen, die es gegenüber dem bisherigen Rechte gebracht hat, sind ohne Zweifel geeignet, einen wirksamen Fortschritt in der Bekämpfung der Kriminalität der Jugendlichen erhoffen zu lassen.

Nicht zu Unrecht war der Ruf nach einer grundlegenden Aenderung des für die Behandlung der jugendlichen Uebeltäter maßgebenden Rechtes in den letzten Jahrzehnten immer stärker,

immer dringender geworden. Es war ein folgenschwerer Irrtum der früheren Gesetzgebung gewesen, den jugendlichen Rechtsbrecher stets als strafwürdigen Verbrecher zu betrachten, wenn auch als Verbrecher „kleineren Formats". „Für die richtige Beurteilung des jugendlichen Verbrechertums ist nichts wichtiger als die Einsicht, daß verbrecherische Akte im Jugendalter noch keineswegs auf einen verbrecherischen Charakter schließen lassen".[1]) Nur zu oft ist ein jugendlicher Mensch nur deshalb straffällig geworden, weil seine Erziehung eine ungenügende oder eine falsche gewesen war, weil man es versäumt hatte, seine guten wertvollen Kräfte und Fähigkeiten zu wecken, zur Entfaltung zu bringen und sie in die richtigen Bahnen zu lenken.[2]) Möglichst gründliche Nachholung der versäumten (richtigen) Erziehung, nicht Strafe ist in solchen Fällen oberstes und oft einziges Gebot! Die Kriminalstrafe erscheint hier meist durchaus ungeeignet, eine Besserung des jungen Menschen herbeizuführen; zum mindesten für sich allein vermag sie dieses Ziel in den allermeisten dieser Fälle nicht zu erreichen, während andererseits Erziehungsmaßregeln sehr wohl genügen können; vielfach wirkt sie sich überdies sehr schädlich und verderblich auf den Charakter des jungen Menschen aus und macht dessen soziale Wiederanpassung zu einer Unmöglichkeit. Aus alledem folgt, daß bei einem jugendlichen Straffälligen bereits das Strafverfahren vom Erziehungsgedanken als dem leitenden und ausschlaggebenden Gesichtspunkt beherrscht sein muß. Ist festgestellt, daß der Angeklagte den objektiven Tatbestand der ihm zur Last gelegten Handlung tatsächlich verwirklicht hat, so darf sich die weitere Aufgabe des Gerichts nicht in dem entweder freisprechenden oder verurteilenden Erkenntnisse erschöpfen. Hauptaufgabe des Jugendrichters muß es vielmehr sein, zu prüfen: Was geschieht am zweckmäßigsten, um ihn wieder auf die rechte Bahn zu bringen? Sind Erziehungsmaßregeln erforderlich, sind sie ausreichend, um ihn an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen? Und wenn letzteres bejaht werden kann, dann muß der Jugendrichter auch die Möglichkeit haben, von der Verhängung einer Strafe überhaupt abzusehen![3])

[1]) Fr. W. Förster, Schuld und Sühne S. 151.

[2]) In diesem Zusammenhang mag auf die Werke des Leipziger Amtsgerichtsrats Dr. Walter Hoffmann: „Psychologie der straffälligen Jugend" und „Die Reifezeit, Grundfragen der Jugendpsychologie und Sozialpädagogik", ferner auf das (auf den Lehren der neuesten Psychologie aufgebaute) Werk Sprangers: „Psychologie des Jugendalters" hingewiesen werden.

[3]) Daß es die staatliche Gemeinschaft nicht mit Verbrechens- und Schuldbegriffen allein zu tun hat, daß ihre kriminalpolitische Aufgabe sich nicht in der Subsumtion von Tatbeständen unter das Gesetz erschöpft, wird ja heute allgemein anerkannt. „Nicht jedes Unrecht heischt . . . Vergeltung, nicht auf jede Uebeltat muß Strafe folgen, diese muß immer erst das äußerste Schutzmittel sein". (Allfeld, Lehrb. (8) S. 13.)

Daß sich das J.G.G. auf diesen Standpunkt gestellt und den Erziehungsgedanken im Sinne obiger Ausführungen zum Jugendstrafrechtsprinzip gemacht hat,[4]) ist wohl eine der wertvollsten und segensreichsten Neuerungen gegenüber dem bisherigen Rechte.

Von verschiedenen Seiten aus war auch die Forderung erhoben worden, den Jugendlichen ganz allgemein der Strafrechtspflege zu entziehen.[5]) Mit Recht hat der Jugendgerichtsgesetzgeber diesen Forderungen nicht nachgegeben. Es geht nicht an, die jugendlichen Menschen völlig außerhalb des Strafrechts zu stellen. Denn nicht immer erscheint der jugendliche Verbrecher als bedauernswerter, hilfsbedürftiger Mensch, dem der Staat eher als öffentlicher Erzieher und Fürsorger, denn als strafgewaltiger Machthaber gegenüberzutreten hat. Es gibt auch jugendliche Personen, deren Charakterentwicklung eine erzieherische Behandlung völlig aussichtslos erscheinen läßt, bei denen die innere Verderbnis schon so weit fortgeschritten ist, „daß die Wohltat, sie als „Jugendliche" zu behandeln, von vorneherein als verschwendet bezeichnet werden muß."[6]) In solchen Fällen ist, wenn überhaupt noch etwas erreicht werden soll, die — möglichst empfindliche — Kriminalstrafe durchaus am Platze!

[4]) § 5 Abs. I: „Hat ein Jugendlicher eine mit Strafe bedrohte Handlung begangen, so hat das Gericht zu prüfen, ob Erziehungsmaßregeln erforderlich sind". § 6: „Hält das Gericht Erziehungsmaßregeln für ausreichend, so ist von Strafe abzusehen'. (Begr. zu §§ 5, 6, 1. Satz: „Die Vorschriften bilden den Kern des Entwurfes".) — Allfeld äußerte in Ger. S. 89 S. 100 f. (anläßlich seiner Kritik des damals vorliegenden J.G.G.-Entwurfs) Bedenken, dem richterlichen Ermessen einen „so außerordentlich weiten, ja fast unbegrenzten Spielraum" zu lassen. Besonders, „weil es durchaus nicht ausgeschlossen sei, daß sich ein Gericht ganz schweren Fällen gegenüber mit der Verhängung von Erziehungsmaßregeln begnügt." Diese Gefahr besteht allerdings wohl. Allfeld hält denn auch in Ger. S. 92 S. 171 seine Bedenken „in vollem Umfange" aufrecht und glaubt, daß man eine Aenderung des § 6 vornehmen müsse. Doch läßt sich feststellen, daß unsere Richter keineswegs einen zu weitgehenden Gebrauch von der Möglichkeit des Absehens von Strafe machen. Die Praxis steht anscheinend durchaus auf dem von Hellwig, J.G.G. Einleitung S. 29 ganz entschieden betonten Standpunkt: „Geht man . . . auf die geschichtliche Entwicklung ein, berücksichtigt man, daß das Jugendkriminalrecht immer noch ein Bestandteil des allgemeinen Kriminalrechts ist, daß es nicht gänzlich ausgeschieden und zu einem reinen Erziehungsrecht umgestaltet ist, so gelangt man zu der Auffassung ,daß nach dem Willen des Gesetzes zwar die Spezialprävention in erster Linie zu berücksichtigen ist, daß sie aber ihre Schranke findet in der Rücksichtnahme auf die Generalprävention, wenn die Rücksicht auf sie gebieterisch ein Zurücktreten des Grundsatzes der Spezialprävention erheischt. Man mag diese Stellungnahme des Gesetzes vielleicht als unklar bezeichnen, kommt aber über sie nicht hinweg". S. auch Olshausen, Komm. (11) N. 2 zu § 6 J.G.G. und die dort angeführte Literatur.

[5]) S. u. S. 41.

[6]) Groß ,Gutachten, Vhdl. 27. D.J.T. I S. 91. — — Vgl. Liepmann auf dem 5. D.J.G.T. zu Jena 1920 gegenüber der auf der Tagung besonders von Prof. Klumker, Frankfurt, verteidigten

Auch aus Gründen der Generalprävention wäre eine völlige Eliminierung der Jugendlichen aus dem Kreise der Strafrechtsunterworfenen nicht zu billigen gewesen. In dieser Hinsicht führt der Gesetzgeber des Jugendgerichtsgesetzes selbst in der amtlichen Begründung des Entwurfes zutreffend aus: „Bei der Beamtwortung der Frage, wann dies der Fall ist (nämlich, ob Erziehungsmaßregeln gegen den straffälligen Jugendlichen für „ausreichend" zu halten sind) wird zwar auch in erster Linie auf die Persönlichkeit des Täters und den Eindruck Rücksicht zu nehmen sein, den die Anordnung und die Durchführung der Erziehungsmaßregel auf ihn voraussichtlich machen werden. Wie bei der Zumessung der Strafe können aber diese Erwägungen allein nicht entscheiden. Es wird der Eindruck mit in Betracht zu ziehen sein, den ein Absehen von Strafe und der Ersatz der Strafe durch eine Erziehungsmaßregel auf die Allgemeinheit macht".[7])

Nicht zuletzt kommt noch in Erwägung, daß es auch ungerecht wäre, die Jugendlichen ausnahmslos der Strafrechtspflege zu entziehen. Denn der allgemein gebrauchte Satz, daß der Jugendliche ein anderes Wesen sei als der Erwachsene, ist doch auch nur bedingt richtig. Allerdings hat der Jugendliche in seiner Art wenig mit der des gereiften Menschen gemein; er ist aber doch wie dieser ein vernunft- und willensbegabtes Individuum, und es ist nur zu wahr, wenn behauptet wird: „Ein Mann von 48 Jahren kann mangelhafter gegen Anfechtungen gewappnet sein als ein Knabe von 15 Jahren."[8]) Darum darf, solange wir noch Vergeltung in unserer Gemeinschaftsordnung kennen, ein richterliches Urteil „schuldig" und die Verhängung einer Kriminalstrafe auch gegen einen Jugendlichen nicht eine Unmöglichkeit sein!

Somit erscheint der Weg, den das J.G.G. gegangen ist: die Kriminalstrafe auch Jugendlichen gegenüber nicht völlig auszuschalten, ihr aber gewissermaßen nur „zweiten Rang" anzuweisen, der allein richtige und gerechte. Eine solche Lösung des Problems der Behandlung der jugendlichen Verbrecher kann nicht etwa als eine Kompromißlösung angesprochen werden und ein Urteil dahin, daß man diese Mittelstellung eingenommen hätte, „weil man der „discernierenden" Tradition nicht ganz entsagen und anderseits den neuen Jdeen huldigen" wollte,[9]) wäre ohne Zweifel ungerechtfertigt und ungerecht.

Forderung eines reinen Fürsorgerechts: „Es sei leicht, Erziehung zu dekretieren gegenüber allen weniger als 18 Jahre alten Jugendlichen; aber unmöglich, sie den schwersten Jungen gegenüber durchzuführen. Denn es gibt doch Burschen, die so völlig verdorben und ohne Moral sind, daß unsere idealen Pastoren und Geistlichen und Naturen wie Professor Klumker ein ganzes Leben arbeiten können, ohne sie ein Stückchen weiter zu bringen". (In D. Z. f. Jfge., Schr. d. A. f. J. und J. Heft 4 S. 46/47.)

[7]) Begr. zu §§ 5, 6. [8]) Werthauer, Strafunrecht S. 16.

[9]) Hasler, Die jugendlichen Verbrecher im Straf- und Strafprozeßrecht S. 10 (nicht gegenüber dem Jugendgerichtsgesetz!)

Erster Abschnitt.

Dogmatischer Teil.

§ 1.

Schuld und Altersreife. Das Problem: Altersreife und Schuldfähigkeit.

Für die Frage nach der Schuld eines Individuums könnte die Altersreife die Bedeutung, die ihr seit langem schon in den Rechten der europäischen Kulturstaaten zukommt, nicht haben, wenn Schuld ein ethisch farbloser Begriff wäre, wenn Schuld bereits mit dem in Vorsatz und Fahrlässigkeit liegenden Vorgang der zu einem rechtswidrigen Erfolge führenden Willensbetätigung gegeben wäre. Nur im ersten Kindesalter, in dem ein eigentlicher Willensakt noch gar nicht in Frage kommt, würde solchenfalls von Schuld keine Rede sein können, während im übrigen das Kind, allgemein gesehen, sehr wohl als schuldhafter Urheber einer rechtswidrigen Tat in Betracht kommen würde.

Wir sprechen indessen von Schuld mit Recht nicht schon dann, wenn nur eine Willensbestätigung Ursache eines rechtswidrigen Erfolges ist, sondern erst dann, wenn die Willensbetätigung eines „Zurechnungsfähigen" in Frage steht. Die „Zurechnungsfähigkeit" ist Voraussetzung dafür, daß eine konkrete Handlung überhaupt daraufhin untersucht wird, ob sie schuldhaft begangen wurde; sie ist Schuldvoraussetzung, Schuldfähigkeit des menschlichen Individuums.[1]) Nicht, daß sie „natürliche" Voraussetzung des in Vorsatz und Fahrlässigkeit liegenden psychischen Vorganges wäre; vorsätzliches und fahrlässiges Verhalten ist vielmehr deshalb nur dann Schuld, wenn der Handelnde zur Zeit der Willensbetätigung zurechnungsfähig war, weil Zurechnungsfähigkeit die Voraussetzung dafür ist, daß auch das der Schuld zweifellos innewohnende ethische Element — nämlich der Widerspruch zwischen der nach der Rechtsordnung zu hegenden Erwartung und dem tatsächlichen Verhalten des Menschen bei seiner Willensbildung — gegeben ist.

[1]) Gegen den Begriff der Schuldvoraussetzung: Frank, Komm. (16) S. 129 f.; bes. auch Radbruch, Der Handlungsbegriff S. 97 f. und in Z.St.W. 24 S. 333 ff. (339/40).

Die mangelnde Altersreife tritt, wie später des Näheren zu zeigen sein wird, sehr häufig als Grund fehlender Zurechnungsfähigkeit und stets zum mindesten als Grund verminderter Schuldfähigkeit in Erscheinung. Darin liegt ihre große Bedeutung für die Schuldfrage.

§ 2.

Der Zurechnungsfähigkeitsbegriff.

Begrifflich ist Zurechnungsfähigkeit „die durch die Beschaffenheit des Täters gegebene Möglichkeit, ihm sein Verhalten als Schuld anzurechnen".[1]) Nach ihrer tatsächlichen Seite, als jene die Schuldzurechnung ermöglichende Beschaffenheit des Menschen, ist sie ein bestimmter Seelenzustand: Der Seelenzustand des Menschen, in dem dieser diejenigen Fähigkeiten besitzt, bei deren Vorhandensein ein dem Recht entsprechendes Verhalten von ihm erwartet werden kann.

Angesichts der Erfahrungstatsache, daß der erwachsene Mensch in der Regel im Besitze jener Fähigkeiten sich befindet und demzufolge mit Fug und Recht für sein rechtswidriges Tun verantwortlich gemacht werden kann, ist es durchaus vernünftig und vom praktischen Standpunkt aus sogar notwendig, daß die Strafrechtspflege jeden Menschen, der ein bestimmtes Mindestalter erreicht hat, ohne weiteres als zurechnungsfähig[2]) behandelt und nur, wenn im Einzelfalle sich begründete Zweifel geltend machen, mit der Frage nach dem Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit sich befaßt. Deshalb ist auch dem Gesetzgeber kein Vorwurf zu machen, wenn er nicht die Zurechnungsfähigkeit „als positive Voraussetzung der Strafbarkeit, vielmehr die Unzurechnungsfähigkeit als Schuldausschließungsgrund behandelt"[3]) und dementsprechend nicht eine positive Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit gibt, sondern nur die Merkmale der Unzurechnungsfähigkeit bezeichnet. Seit langem schon geht denn auch die deutsche wie die ausländische Gesetzgebung in der Regel diesen Weg.

Unser Reichsstrafgesetzbuch vom 15. Mai 1871 bestimmt in seinem § 51: Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden, wenn der Täter zur Zeit der Begehung der Handlung sich in einem Zustande von Bewußtlosigkeit oder krankhafter Störung der

---

[1]) Frank in der zweiten Aufl. seines Kommentars I zu § 51.

[2]) Allfeld, Lehrbuch (8) S. 148 Nr 2 bemerkt mit Recht: „Es besteht keine Veranlassung, den üblichen Ausdruck „Zurechnungsfähigkeit" mit dem der Handlungsfähigkeit oder Deliktsfähigkeit zu vertauschen." Binding (Normen II S. 117 ff.) hat denn auch in dieser Hinsicht keine Gefolgschaft gefunden.

[3]) Allfeld, Lehrbuch (8) S. 151 IV.

Geistestätigkeit befand, durch welchen seine freie Willensbestimmung ausgeschlossen war.

Damit ist die Unzurechnungsfähigkeit mit Recht nach der sog. „gemischten", d. i. biologisch-psychologischen Methode festgelegt: Es sind nicht einfach die biologischen Zustände der erheblichen Bewußtseinsstörung [4]) und der krankhaften Geistesstörung als die Zurechnungsfähigkeit ausschließend angeführt (biologische Methode), es ist andererseits auch nicht einfach das — nach Ansicht des Gesetzgebers — entscheidende Kriterium als maßgebend für die Annahme der Unzurechnungsfähigkeit bezeichnet (psychologische Methode), sondern es wird hier als unzurechnungsfähig nur derjenige anerkannt, dem als Folge seiner (erheblichen) Bewußtseinsstörung oder seiner (krankhaften) Geistesstörung die „freie Willensbestimmung" fehlte.

Jenes psychologische Kriterium der „freien Willensbestimmung" ist jedoch höchst unglücklich gewählt. Es ist nicht geeignet, eindeutig den die Beseitigung des Schuldvorwurfes bedingenden Grad der biologischen Ursachen der Unzurechnungsfähigkeit klarzulegen und erweckt überdies den Anschein, als habe der Gesetzgeber die Willensfreiheit im Sinne des — absoluten oder relativen — Indeterminismus dekretieren wollen. Daß letzteres ein Gesetzgeber überhaupt tun könne, wird von Köhler [5]) m. E. mit Recht als unmöglich bezeichnet. Beweisen läßt es sich nicht, daß der Mensch willensfrei in dem Sinne sei, daß er jederzeit auch entgegen den stärksten Motiven sich entschließen könnte; es ist dies ein reiner Glaubenssatz und auf einen solchen kann ein Strafrechtssystem nicht aufgebaut werden.

Jedenfalls aber sollte keineswegs bestritten werden, daß weder der Wortlaut, noch auch die Entstehungsgeschichte des § 51 zu der Annahme zwingt, daß der Gesetzgeber unseres Reichsstrafgesetzbuches eine Entscheidung zugunsten des Indeterminismus getroffen habe.

Der Schuldbegriff in dem herkömmlichen Sinn ist unabhängig von dem Bestehen der Willensfreiheit des Menschen; man kann die Schuld indeterministisch und kann sie aber auch sehr wohl deterministisch begründen. Dies wird heute erfreulicherweise von einer ganz erheblich großen Anzahl von Wissenschaftlern anerkannt und scheint immer mehr herrschende Meinung werden zu wollen.[6])

---

[4]) In diesem Sinne ist die Bewußtlosigkeit des Gesetzestextes richtigerweise zu verstehen und wird auch allgemein (von der Wissenschaft und der Praxis) so verstanden.

[5]) Lehrbuch S. 323.

[6]) Literaturangabe bei Köhler in Ger.S. S. 95, S. 451. A. a. O. sind auch diejenigen aufgeführt, die auch heute noch glauben, die Schuld nur auf indeterministischer oder deterministischer Grundlage aufbauen zu können.

Auch für den Zurechnungsfähigkeitsbegriff ist der Streit zwischen Determinismus und Indeterminismus durchaus bedeutungslos. Und so mag der Indeterminismus ruhig die Formel der „freien Willensbestimmung" als Kriterium verwenden. Jedenfalls dient der Determinist der Praxis besser, wenn er zur Kennzeichnung des Begriffs lediglich die äußeren Anhaltspunkte darlegt, aus denen der Indeterminist auf die Willensfreiheit des Menschen schließt.

Es gibt eine Unzahl von Definitionen der Zurechnungsfähigkeit. Im Rahmen der uns gesteckten Aufgabe ist es eine Unmöglichkeit, auch auf die umfangreiche, überwiegend im Zeichen des Kampfes zwischen Determinismus und Indeterminismus stehende Literatur des vorigen Jahrhunderts näher einzugehen. Es kann sich hier nur darum handeln, in der Hauptsache die heutige Literatur, soweit sie einen gewissen Abschluß und eine gewisse Klärung der Zurechnungsfähigkeitsfrage gebracht hat, zu sichten und so zu verwerten, daß eine möglichst eindeutige Klarlegung des Zurechnungsfähigkeitsbegriffes gewonnen wird.

Wie sich bald zeigen wird, sind die meisten der in der Literatur gegebenen Definitionen für sich allein keineswegs geeignet, die Elemente des Begriffs genügend klarzulegen.

Dies gilt vor allem von den von Liszt'schen Definitionen. Wenn Liszt z. B. sagt: „Zurechnungsfähig ist jeder geistig reife und geistig gesunde Mensch bei ungetrübtem Bewußtsein",[7]) so ist damit wenig klargestellt. Sofort erhebt sich die Frage: Wann ist der Mensch geistig reif und geistig noch gesund? Die (Liszt'sche) Antwort[7a]): „Wenn er normal determinierbar ist" kann nicht befriedigen. Denn abgesehen davon, daß man, um das — unhaltbare — Ergebnis zu vermeiden, die schwer zu bestimmenden, starrköpfigen, besonders charakterfesten Menschen wären unzurechnungsfähig, erst Abweichungen von einer „gewissen Erheblichkeit" als die Zurechnungsfähigkeit ausschließend betrachten[8]) und damit die Grenzen der Normalität nur noch willkürlich festlegen kann, ist es höchst einseitig, die Bestimmbarkeit zum alleinigen Kriterium der Zurechnungsfähigkeit zu machen. Die einzelnen seelischen Funktionen sind ja nicht wechselseitig so ineinandergreifend, daß nicht z. B. das Vorstellungsvermögen krankhaft verfärbt und getrübt und doch die Bestimmbarkeit noch normal sein könnte. Außerdem führt die Definition zu dem unmöglichen Ergebnis, daß der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher, der sogen. Berufsverbrecher, unzurechnungsfähig ist.[9])

[7]) Lehrbuch (21/22) S. 157

[7a]) a. a. O.: Zurechnungsfähgkeit = „normale Determinierbarkeit".

[8]) v. Liszt, Aufsätze II S. 44.

[9]) v. Liszt selbst hat den Standpunkt vertreten, daß der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher für unzurechnungsfähig zu erklären sei. S. Z.St.W. 17 S. 81. Allerdings hat Liepmann, Einleitung S. 100, wohl damit Recht, daß diese Liszt'sche Unzu-

Auch v. Lilienthal bezeichnet Zurechnungsfähigkeit als normale Determinierbarkeit[10]); fast gleich damit definierte Frank in den älteren Auflagen seines Kommentars: „Zurechnungsfähigkeit ist die normale Bestimmbarkeit durch Motive".[11]) In gleichem Sinne Oetker in Z.St.W. 17 S. 553.[11a])

Liszt bezeichnet heute die Zurechnungsfähigkeit in erster Linie als „die (allgemeine) Fähigkeit zu sozialem Verhalten", d. h. „zu einer Zwecksetzung, die den Erfordernissen des staatlichen Zusammenlebens entspricht".[12]) Auch von dieser Formel ist wie von der „freien Willensbestimmung" und der „normalen Determinierbarkeit" mit v. Hippel[13]) zu sagen: Sie ist „unbedenklich, wenn man sie dazu verwertet, den festgestellten Begriff der Zurechnungsfähigkeit durch ein kurzes Schlagwort zu kennzeichnen. Zur Bestimmung des Begriffs aber ist sie ungeeignet". Der Kreis der Zurechnungsfähigen ist auch mit der Formel: Zurechnungsfähigkeit = Fähigkeit zu sozialem Verhalten nicht einwandfrei und sicher gezogen. „Es gibt zahllose Geisteskranke, die ganz harmlos sind und sich auskömmlich ihr Brot verdienen können".[14]) Sollen diese zurechnungsfähig sein, weil sie sich den sozialen Forderungen anpassen?[15]) Umgekehrt ist es zweifelhaft, ob nicht der unverbesserliche Gewohnheitsverbrecher auch hier zu den Unzurechnungsfähigen zu rechnen ist; denn man kann von ihm wohl sagen, daß er nicht mehr die Fähigkeit zu sozialem Verhalten besitze.

Es können auch die Ausführungen Liszts zur Erläuterung seiner Formel „normale Determinierbarkeit", so richtig sie an und

---

rechnungsfähigkeit des Berufsverbrechers nicht im psychiatrischen Sinne aufzufassen, sondern lediglich als Strafunfähigkeit im Sinne von Unmotivierbarkeit durch die Strafe (vgl. die Liszt'sche Bezeichnung der Zurechnungsfähigkeit als „Empfänglichkeit für die durch die Strafe bezweckte Motivsetzung" in Aufsätze II S. 45, S. 220) zu verstehen sei.

[10]) V.D.Allg. Teil V S. 21.

[11]) So z. B. in der 8.—10. Aufl. (1911) S. 116 (I zu § 51).

[11a]) Vgl. auch Max Ernst Mayer, Die schuldhafte Handlung und ihre Arten S. 70: „Zurechnungsfähigkeit ist die Fähigkeit, auf Motive in normaler Weise zu reagieren."

[12]) Lehrbuch (21/22) S. 156.

[13]) Z.St.W. 32 S. 123.

[14]) Köhler, Lehrbuch S. 318.

[15]) Vgl. Rohland, Die soziologische Strafrechtslehre S. 61: „Die Auffassung v. Liszts beruht auf einer Verwechslung von Zurechnungsfähigkeit und sozialer Brauchbarkeit, während doch beides keineswegs zusammenfällt. Auch der Geisteskranke kann immerhin noch eine gewisse soziale Brauchbarkeit besitzen, z. B. wenn er sich zu haus- oder landwirtschaftlichen Arbeiten, zu Buchführung und Uebersetzungen und dgl. verwenden läßt, und mancher Zurechnungsfähige wiederum kann, wie der Menschenfeind oder der Einsiedler, allen Wert für das soziale Zusammenleben verloren haben."

für sich auch sind, nicht befriedigen. Liszt sagt: „Normaler Inhalt und normalmotivierende Kraft der Vorstellungen machen das Wesen der Zurechnungsfähigkeit aus". Sie setzt voraus, „daß die Psyche des Täters über den zur sozialen Vollwertigkeit erforderlichen Reichtum an Vorstellungen verfügt, daß die Verknüpfung der Vorstellungen in normaler Weise und mit normaler Geschwindigkeit erfolgt, daß die Gefühlsbetonung der Vorstellungen und damit die motivierende Kraft der allgemeinen, rechtlichen, sittlichen, religiösen usw. Normen dem Durchschnittsmaß entspricht, daß Richtung und Stärke der Willensimpulse nichts wesentlich Abnormes bieten. Denn da wir aus unserem Bewußtsein auf das der anderen Menschen schließen, nur aus unserer Reaktionsweise die der übrigen vorherberechnen können, ist die Aehnlichkeit des andern mit uns, seine Uebereinstimmung mit dem aus unserer Erfahrung abstrahierten Typus Voraussetzung der Zurechnung. In diesem Sinne kann die Zurechnungsfähigkeit bestimmt werden also normale Determinierbarkeit".[16]) Diese Ausführungen zeigen zur Genüge, daß mit dem Begriff der Normalität nicht zurechtzukommen ist, daß man mit ihm kein klares Bild der Zurechnungsfähigkeit geben kann.

Von der „Fähigkeit zu sozialem Verhalten" sagt v. Liszt, sie schließe „nicht nur die Fähigkeit zur richtigen Erkenntnis der sozialen Anforderungen, sondern auch die weitere Fähigkeit in sich, dieser Erkenntnis gemäß zu handeln". Im gleichen Sinne erklärte Frank a. a. O. die „normale Bestimmbarkeit durch Motive" für ausgeschlossen: „Erstens, wenn es der Persönlichkeit an der Fähigkeit fehlt, ihr Verhalten nach sozial-ethischen Vorstellungen einzurichten, und zweitens, wenn es ihr an der Fähigkeit fehlt, den Anreiz zum Handeln richtig zu würdigen oder Hemmungsvorstellungen einzuschalten".

Was wir von all' diesen Ausführungen bis jetzt als wertvolles positives Resultat festhalten wollen, ist dies: Die für die Zurechnungsfähigkeit maßgebenden Fähigkeiten sind einerseits ein gewisses intellektuelles Können und anderseits eine gewisse Willensbeschaffenheit. Diese Grundwahrheit tritt uns denn auch in fast allen Definitionen, bezw. Erläuterungen der Zurechnungsfähigkeit immer wieder entgegen. So bezeichnet z. B. Binding[17]) die Zurechnungsfähigkeit als „das Vermögen, die eigene Tat im Verhältnis zur Norm zu erkennen und im Einklag mit ihr zu erhalten". Aehnlich bestimmt sie van Calker[18]) als „die Fähigkeit des Menschen, sein Verhalten bewußt im Einklang zu halten mit den Normen des Rechts und der Ethik". Oetker[19]) sagt: „Zurechnungsfähig u. damit verantwortlich ist,

[16]) Lehrbuch S. 157.
[17]) Normen II, 1 S. 170.
[18]) Ethische Werte S. 22.
[19]) in Ger.S. 73 S. 386/387.

wer die Freiheit hat, seinen Willen zu bestimmen im Einklang mit dem erkannten Rechtsgebot". Janka[20]) führt aus: „Dem Imperative der Norm sich entgegensetzen und für die Entgegensetzung zur Verantwortung gezogen werden kann nur derjenige Wille, dessen Träger den Gegensatz seines Wollens zu den Anforderungen der Norm und die Weite und Tiefe dieses Gegenstandes zulangend begreift oder doch bei gehöriger Anspannung des Wollens zu begreifen vermag".

Ob und wieweit hier in diesen Definitionen die als Wirkungen der Zurechnungsfähigkeit sich darstellenden Fähigkeiten immer richtig als die für die Annahme der Zurechnungsfähigkeit maßgebenden benannt sind, soll hier nicht weiter untersucht werden. Eingangs des Paragraphen wurde gesagt, daß Zurechnungsfähigkeit ein bestimmter Seelenzustand sei, der Seelenzustand, der den Besitz jener Fähigkeiten in sich schließt, die ein dem Recht entsprechendes Verhalten erwarten lassen; und wir wollen uns dementsprechend zur Aufgabe stellen, jenen Zustand selbst als biologisch-psychologisches Gebilde nach Möglichkeit zu erfassen. Daß dem Definitionen wie die Beling'sche[21]): „Zurechnungsfähigkeit ist diejenige seelische Verfassung, in der die Widerstandskraft als Kraft, dem Rechte gehorsam zu sein, vorhanden ist", nicht genügen, ist unschwer ersichtlich. Die Aufgabe kann nur dann als gelöst betrachtet werden, wenn dasjenige Mindestmaß an psychischen Eigenschaften, bei dessen Gegebensein überhaupt erst und überhaupt noch eine Erwartung im Hinblick auf die Rechtsordnung gehegt werden kann, bezeichnet ist.

Wachenfeld[22]) liefert uns bei der Erläuterung seiner Definition, Zurechnungsfähigkeit sei „die Fähigkeit, unerlaubte Handlungen zu denken und zu wollen", zur Erreichung der erstrebten Lösung wertvolles Material. Er bezeichnet durchaus zutreffend als Merkmale der Zurechnungsfähigkeit: Die Fähigkeit zur richtigen Einsicht in den natürlichen Verlauf der Handlung, die Fähigkeit zur Erkenntnis der Rechtspflichtwidrigkeit des Tuns und die Fähigkeit des freien Entschlusses zu Körperbewegungen.

Nicht ganz so unanfechtbar verlangt v. Lilienthal a. a. O. S. 22 u. 23: 1. daß richtige Wahrnehmungen gemacht werden (wobei als „richtige" Wahrnehmungen die gelten müßten, „die generell von anderen Menschen im gegebenen Falle gemacht werden können", 2. daß die Wahrnehmungen richtig gedeutet werden (d. h. so, wie das seitens anderer, zur Deutung Befähigter, in gleichem Falle geschieht und 3. daß die gebildeten Vorstellungen in intellektueller, ethischer und rechtlicher Beziehung richtig gewertet werden (d. h. unter Anwendung des üblichen oder gesetzlich erforderten Maßstabes).

[20]) Grundlagen der Strafschuld S. 52.
[21]) Grundzüge (8/9) S. 41.
[22]) Lehrbuch S. 136 ff.

Köhler bemängelt hieran, daß das Erfordernis der Entschlußfähigkeit fehle, ferner, daß die Fähigkeit zu ethischer und rechtlicher Wertung „als nicht unbedingt erforderliche Regelerscheinung" beiseite zu lassen sei und gibt im Anschluß hieran folgende Definition: „Zurechnungsfähigkeit eines Menschen liegt vor, wenn er das Mindestmaß der zur Ueberlassung der Besorgung eigener Angelegenheiten nach Anschauung der jeweiligen Kultur erforderlichen Fähigkeiten besitzt, um zutreffende Wahrnehmungen zu machen, um sie formell richtig auszudeuten und bei der Willensbestimmung zu verwerten, endlich, um sich entsprechend der erlangten Einsicht zu entschließen".[23])

In dieser Köhlerschen Erläuterung der Zurechnungsfähigkeit finden wir zum ersten Mal das Erfordernis des Vorhandenseins eines bestimmten Minimums an psychischen Fähigkeiten als deren wesentlichen Kern hervorgehoben. Es ist eigentlich nicht recht verständlich, daß diesem durchaus zutreffenden Gesichtspunkt des Erfordernisses eines Mindestmaßes in der Literatur nicht mehr Brücksichtigung, bezw. ausdrückliche Anerkennenung zuteil geworden ist und zuteil wird.

Es ist allerdings schwer klarzulegen, welches Minimum Zurechnungsfähigkeit gegeben sein läßt. Wohl jede allgemein gehaltene Bezeichnung ist für die Praxis zu wenig verwertbar, und mit Recht begnügt sich denn auch Köhler nicht mit dem Erfordernis des Mindestmaßes „der zur Ueberlassung der Besorgung eigener Angelegenheiten nach Anschauung der jeweiligen Kultur erforderlichen Fähigkeiten", sondern fügt noch hinzu: „um zutreffende Wahrnehmungen zu machen, um sie formell richtig auszudeuten und bei der Willensbestimmung zu verwerten, endlich, um sich entsprechend der erlangten Einsicht zu entschließen".

M. E. kann aber die Fähigkeit zur rechtlichen Wertung der gebildeten Vorstellungen nicht, wie hier geschehen, beiseite gelassen werden, da m. E. die Frage nach dem Vorliegen rechtlicher Schuld darauf abgestellt werden muß, ob eine — vorsätzliche oder fahrlässige — Mißachtung der Rechtsnormen gegeben ist; der Vorwurf rechtlicher Schuld als ein tadelndes Urteil der Rechtsgenossen und des Gesetzgebers kann sich nur darauf gründen, „daß die Rechtsnormen nicht in der von ihnen gewollten Weise zu Motiven bei der Willensbildung herangezogen und verwertet worden sind".[24]) Zum Vorsatz gehört das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit, zur Fahrlässigkeit die Möglichkeit dieses Bewußtseins, u. die Fähigkeit, die Rechtswidrigkeit, besser Unrechtmäßigkeit[25]) seiner Handlung einsehen zu

[23]) Lehrbuch S. 319.

[24]) Leipziger Komm. (4) S. 52.

[25]) Vgl. Begründung des Entwurfs 1927 S. 20 (zu § 20 des Entwurfs): „Der Entwurf . . . vermeidet das Wort „rechtswidrig", weil in der Rechtslehre vom Bewußtsein der Rechtswidrigkeit in verschiedener Bedeutung gesprochen und dem Begriff in dieser

können, erscheint somit als unbedingt notwendiges Element der Zurechnungsfähigkeit.[26])

Zu diesem Punkte ist noch zu bemerken: „Das erforderliche Bewußtsein der Rechtswidrigkeit fehlt ... dem Täter nur dann, wenn er glaubt, seine Handlung stehe in keiner Hinsicht mit der Rechtsordnung in Widerspruch".[27]) Die Forderung, der Täter müsse gewußt haben, „einer im öffentlichen Recht ruhenden, sein Verhalten der Gesamtheit gegenüber regelnden Verpflichtung zuwiderzuhandeln",[28]) geht ohne Zweifel zu weit. Ferner kann auch nicht etwa Kenntnis der speziellen, die Handlung verbietenden Norm in ihrer bestimmten Fassung und Gegebenheit gefordert werden. Vielmehr muß genügen, „das allgemeine Empfinden, etwas zu tun, was dem Rechte nicht entspricht; der Täter muß nicht wissen, an welcher Stelle das Recht die bezügliche Anordnung getroffen hat" und „es reicht ferner auch hier wie sonst ... eventueller Vorsatz aus: Hält also der Täter auch nur für möglich, daß er gegen die Rechtsordnung verstoße und

---

Anwendung vielfach eine engere Bedeutung beigemessen wird. Es wird z. B. gelehrt, der Täter sei sich der Rechtswidrigkeit seiner Handlung nur bewußt, wenn er wisse, daß die Handlung im öffentlichen Interesse verboten sei; es genüge nicht, wenn er sich bewußt sei, gegen einen Satz des Privatrechts zu verstoßen. Das aber würde dem Gebiet des strafbaren Unrechts vielfach zu enge Grenzen ziehen und könnte dazu verführen, das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit als gleichbedeutend mit dem Bewußtsein der Strafbarkeit aufzufassen." Das letztere Befürchtung tatsächlich am Platze ist, kann wohl kaum bestritten werden.

[26]) Einen guten Ueberblick über den Stand der Meinungen in dem eines der größten Probleme des ganzen Strafrechts bildenden Streite, ob zum Vorsatz das Bewußtsein der Rechtswidrigkeit oder bloß der Pflichtwidrigkeit oder sonst irgend einer Normwidrigkeit gehöre oder nicht, bietet Allfeld in der Fußnote 11 zu § 32 seines Lehrbuches (8) S. 166. Zur Einführung in das Problem erscheinen die Ausführungen im Leipziger Kommentar (4) S. 50 bis 61 geeignet. — Falsch wäre es, zu glauben, daß nur derjenige zur Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit zur Erkenntnis einer Normwidrigkeit — sei es nun der Rechtspflichtwidrigkeit oder einer sonstigen Normwidrigkeit — fordern könne, der Vorsatz nur beim Vorhandensein des Bewußtseins einer Normwidrigkeit annimmt. Mit den Gesetzen der Logik steht es jedenfalls nicht in Widerspruch, wenn jemand die Vorstellung der rein tatsächlichen Bedeutung der Handlung für den Vorsatz genügen läßt und doch für die Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit zur Normwidrigkeitserkenntnis fordert. Letzteres ist sogar im Gegenteil geboten, wenn man — wie z. B. Merkel in J.W. 1924 S. 1677, Rümelin in Z.St.W. 41 S. 495, M. E. Mayer in Z.St.W. 32 S. 498 (Rechtsnormen und Kulturnormen — 1903 — S. 74), Frank, Komm. (16) S. 173 es tun, Kennen müssen der Rechts- bezw. Pflichtwidrigkeit (die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechts- oder Pflichtwidrigkeit) für die Annahme einer Schuld verlangt.

[27]) Allfeld, Lehrbuch (8) S. 168.

[28]) So Leipziger Komm. 1929 S. 54. Vgl. Mittermaier in Z.St.W. 44 S. 7, van Calker a. a. O. S. 30.

bildet dies für ihn keinen Grund, die Handlung zu unterlassen, so handelt er in bezug auf die Rechtswidrigkeit mit dem erforderlichen Vorsatz".[29])

Für die Zurechnungsfähigkeit ergibt sich nach alledem unter Beachtung des wohl nicht weiter im einzelnen zu erörternden Schulderfordernisses der Einsicht in die tatsächliche Bedeutung der Handlung und unter Zugrundelegung der nicht zu bestreitenden Tatsache, daß der Entschluß zu einer Wahlhandlung stets aus dem Kampfe zweier Mächte, der lust- und unlustbetonten Vorstellungen, hervorgeht, folgendes: Sie ist, wenn wir die Fähigkeit der richtigen Wertung und Deutung der gemachten Wahrnehmungen mit Einschluß des Vorstellungsassoziierungsvermögens kurz als „Verarbeitungsvermögen" bezeichnen, etwa folgendermaßen zu bestimmen:

Zurechnungsfähigkeit ist der Seelenzustand des Menschen, bei dem dieser dasjenige Mindestmaß an Erfahrung (aus dem Verkehr mit der Außenwelt) und an Wahrnehmungs- und Verarbeitungsvermögen besitzt, das erforderlich ist, um ihn sein Verhältnis zur Außenwelt sowie die Bedeutung seiner Handlung in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkennen und werten zu lassen, bei dem ferner die Vorstellung der Unrechtmäßigkeit der Tat und die daneben vorhandenen und damit verbundenen Unwertvorstellungen als Hemmungsvorstellungen — unseren Erfahrungen bei anderen Menschen der gleichen Seelenverfassung zufolge — derart wirken können, daß sie ihn von der Tat abzuhalten vermögen.

Die hier etwas ausführlich gekennzeichnete emotionelle Seite der Zurechnungsfähigkeit ist nichts anderes als die „freie Willensbestimmung" des Gesetzes, die ja, wie wir eingangs des Paragraphen gesehen haben, keineswegs indeterministisch aufgefaßt werden muß. In neuerer Zeit spricht man vielfach — u. a. auch das J.G.G. (§ 3) in Anlehnung an Entwurf 1919 (§§ 18, 19, 130), ferner bereits der Kommissionsentwurf 1913 (§§ 20, 21, 23) — von der „Fähigkeit, seinen Willen der Einsicht (in das Ungesetzliche der Tat) gemäß zu bestimmen",[30]) während in neuester Zeit die sogen. Aschaffenburgsche Formel: „Fähigkeit, jener Einsicht gemäß zu handeln" sehr beliebt ist.[31]) (S. u. a. Entwurf 1925: §§ 17, 18; Entwurf 1927: § 13.)

---

[29]) Allfeld a. a. O.

[30]) Bereits im österreichischen Strafgesetzentwurf vom Jahre 1909 findet sich diese Formel (§ 3). Ebenso im österreichischen Entwurf von 1912. Von da wurde sie anscheinend in den Kommissionsentwurf übernommen.

[31]) Aschaffenburg in der deutschen medizinischen Wochenschrift Jahrgg. 1909 Nr. 47—49, Sonderabdruck S. 6. Vgl. die Formulierung Franks in Bl.f.Gef.K. 44 S. 244: „. . . oder sein Verhalten nach dieser Einsicht zu richten." — S. zu diesen Formulierungen v. Hippel in Z.St.W. 32 S. 132 Nr. 144: „Selbst-

Dem Indeterministen,der davon ausgeht, es gebe neben den Motiven und Charaktereigenschaften „noch eine kausale dritte Potenz bei erwachsenen, gesunden Menschen (das Ich), welche die Kraft habe, bei einer Divergenz von Trieben ..., die sich bisher die Wage hielten, den einen zum ausschlaggebend lustbetonten zu erheben",[32]) erscheint die Willensseite der Zurechnungsfähigkeit freilich anders. Sie ist ihm „die Fähigkeit, die verschiedenen gleichzeitig oder nacheinander beim Wollen auftauchenden Gefühls- und Vorstellungsinhalte, die als solche selbst Elemente des Wollens sind, schöpferisch[33]) zu einem neuen, gleichsam Gemeinwillen als Resultante zusammenfassenden, den einzelnen Wilelnsvorgang zum Abschluß bringenden Entschluß die gesamten seelischen Kräfte zu konzentrieren und gegenüber den einzelnen Wollungen zur Herrschaft zu bringen und damit das eigene Ich, das eben in der Gesamtheit der Seelenkräfte besteht, bewußt selbst zu bestimmen".[34])

§ 3.

Mangelnde Altersreife als Grund fehlender Zurechnungsfähigkeit. (Die „Jugendunzurechnungsfähigkeit".)

Allfeld gibt in seinem Lehrbuche keine positive Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit, wohl aber in klarer Sprache eine genaue Definition der Unzurechnungsfähigkeit. Er erklärt: „Unzurechnungsfähig ist . . derjenige, dessen Fähigkeit, die tatsächliche und rechtliche Bedeutung der eigenen Handlung zu erkennen und dieser Einsicht entsprechend sich nach Maßgabe seines Charakters durch Vorstellungen bestimmen zu lassen, nicht durch den Mangel geistiger Entwicklung, durch vorübergehende Bewußtseinstörung oder durch krankhafte Störung der Geistestätigkeit ausgeschlossen ist." [1])

Allfeld hat durchaus recht, den Mangel geistiger Entwicklung als Grund fehlender Zurechnungsfähigkeit zu nennen. Auch

---

verständlich ist auch in diesen Vorschlägen der Wille sachlich ebenso vorhanden und nur im Wortlaut eliminiert. Denn „Handlung" ist eben „Willensbetätigung". Und sein „Verhalten" nach der Einsicht „richten" kann man ebenfalls nur durch entsprechende Willensbestimmung." — Spranger, Psychologie des Jugendalters S. 208 geht m. E. zu weit, wenn er in Kritik der Formulierung des J.G.G. § 3 behauptet, ein Gesetzgeber bringe mit einer derartigen Formulierung zum Ausdruck, daß er davon ausgehe, „es gebe in der Seele zwei scharf voneinander abgegrenzte, womöglich gar quantitativ bestimmbare (!) Kräfte: die Einsicht und den Willen."

[32]) Köhler in Ger.S. 95 S. 459.

[33]) Vom Verfasser gesperrt geschrieben.

[34]) So Leipziger Komm. (4) S. 278 (N. 2 zu § 51).

[1]) A. a. O. S. 150/151.

unser Strafgesetzbuch läßt, obwohl es diesen Gedanken nicht klar und eindeutig zum Ausdruck bringt, erkennen, daß es nicht in dem auf (krankhafter) Geistesstörung oder auf (erheblicher) Bewußtseinsstörung beruhenden Ausschluß der „freien Willensbestimmung" die Unzurechnungsfähigkeit „κατ' ἐξοχήν" erblickt, sondern neben der Unzurechnungsfähigkeit des § 51 auch die durch die mangelnde Altersreife bedingte Schuldunfähigkeit als Unzurechnungsfähigheits a r t anerkennt.

Es ist aber vom d o g m a t i s c h e n Standpunkt aus wohl nicht richtig, den Mangel g e i s t i g e r Reife a l l e i n als Ursache der Unzurechnungsfähigkeit zu behandeln. Mangelnde Altersreife, d. h. genauer: die durch fehlende Altersreife bedingte psychische Unreife läßt oft trotz genügender g e i s t i g e r Entwicklung Zurechnungsfähigkeit nicht gegeben sein. Es fehlt nämlich dem geistig genügend entwickelten Altersunreifen sehr häufig an der für die Zurechnungsfähigkeit zu fordernden W i l l e n s reife.

Als das für die Schuldfähigkeit maßgebende i n t e l l e k t u e l l e Können wurde von uns die Fähigkeit des Täters zur richtigen Beurteilung seines Verhältnisses zur Außenwelt und zur Einsicht in die Bedeutung seiner Tat in tatsächlicher und rechtlicher Hinsicht erkannt.

„Die „Einsicht" geht nach innen; sie bildet den Gegensatz zum Auswendigwissen." [2]) Sie ermöglicht die Beurteilung einer zum Objekt der Betrachtung gemachten Sachlage, das Erfassen ihres Zusammenhangs und ihres Verhältnisses zur übrigen Tatsachen- und Erscheinungswelt. Die Höhe der I n t e l l i g e n z und das Quantum an positiven Kenntnissen, an E r f a h r u n g s w i s s e n, das die Fähigkeit, a l l g e m e i n von jeder strafbaren Handlung die ihr anhaftende Unrechtmäßigkeit, wenigstens als mögliche, zu erkennen, zur Voraussetzung hat, besitzt ohne Zweifel nur der im Leben stehende erwachsene, gerade durch das Leben gereifte Mensch. Das heranwachsende Individuum erwirbt diese Fähigkeit erst nach und nach im Laufe seiner körperlichen und geistigen Entwicklung und Ausbildung zum für das Leben vollwertigen Menschen, mit dem „Hineinwachsen" in unsere Gemeinschaftswelt.[3]) Beim Kinde — „Kind" nach der allgemeinen Auffassung und dem Lebenssprachgebrauch als der

---

[2]) B e r n e r, Vorrede zum Lehrbuch des deutschen Strafrechts 17. Aufl. 1895.

[3]) Vgl. M e r k e l, Lehrbuch (1889) S. 55: „Dazu" — nämlich zur geistigen Reifung, welche zur Erlangung der rechtlichen „Unterscheidungsfähigkeit" führt — gehört die Ausbildung eines Systems von Vorstellungen über die Welt, speziell über die gesellschaftliche und staatliche Welt, über unsere Stellung innerhalb derselben und die in ihr herrschenden natürlichen, moralischen und rechtlichen Gesetze, sowie über das Verhältnis unseres eigenen Tuns und Lassens zu diesen Gesetzen." (Zitiert nach S c h m i d t, Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht S. 27.)

Mensch bis zum 13., 14. Lebensjahr verstanden — muß ihr Vorhandensein im allgemeinen, d. h. von vereinzelten Fällen der Frühreife abgesehen, sogar überhaupt als ausgeschlossen betrachtet werden. Denn von einer „Auffassung des sozialen Unwertes", der sozialen Schädlichkeit einer Handlung — Erkenntnis des sozialen Unwertes, der sozialen Schädlichkeit der Handlung ist ohne Zweifel Grundvorraussetzung für das geforderte Unrechtsbewußtsein — „ist das Kind sehr fern. Diese Einsicht kann ... erst erworben werden, wenn das Individuum nicht nur das gesetzliche Verbot, sondern auch den Grund u. die soziale Bedeutung dieses Verbotes und damit auch die soziale Tragweite seiner Handlung zu verstehen vermag. Erst wer die Lebensinteressen und Rechtsgüter der Gesellschaft, des Staates, des einzelnen Individuums in ihrer inneren Bedeutung erfaßt hat — für das Kind sind es meist leere, farblose Begriffe — kann ihre rechtliche Schutzbedürftigkeit erkennen und würdigen lernen und wird damit auch die soziale Schädlichkeit seiner Handlung begreifen können." [4]) „Die Kinder unter 14 Jahren vermögen noch nicht voll zu würdigen, was ihre Tat für den Verletzten und was sie für die Gesellschaft bedeutet, der sittliche Wert der Rechtsordnung und ihre Unentbehrlichkeit für menschliches Zusammenleben überhaupt ist ihnen noch nicht klar geworden." [5]) „Das Kind durchschaut noch nicht klar alle sittlichen und gesellschaftlichen Forderungen menschlichen Zusammenlebens, das Verhältnis des Einzelnen zur Gesamtheit, seine Rechte und Verpflichtungen ihr gegenüber." [6]) Erst allmählich muß es durch dauernde Belehrung und Unterricht im Haus und Schule erkennen lernen, warum ihm das eine erlaubt, das andere verboten ist, warum die eine Handlung von den Mitmenschen mißbilligt und bestraft, die andere gelobt und belohnt wird.

Das Kind, dem nicht nur die Schule Vermittler des zur Kenntnis und Erkenntnis unseres Sittencodex, der religiösen, ethischen und rechtlichen Normen nötigen Wissens ist, sondern dem auch daneben seine Eltern aufmerksame und gute Lehrer sind, gelangt bei normaler, durchschnittlich-guter Begabung und Veranlagung ohne Zweifel bereits mit dem Abschluß des Kindesalters zu der zur Zurechnungsfähigkeit erforderlichen geistigen Reife — wenigstens im allgemeinen. Letzterer einschränkender Zusatz ist deshalb geboten, weil kein Zweifel darüber bestehen kann, daß auch das normal veranlagte und selbst gut erzogene Individuum nicht gleichzeitig für alle Delikte die erforderliche Geistesreife besitzt, sobald es den Kinderjahren entwachsen ist. Es kann keineswegs als Norm angesehen werden, daß der junge

---

[4]) Fuchs, Das Problem der Strafmündigkeit und die deutsche Strafgesetzgebung S. 81.
[5]) v. Lilienthal in Z.St.W. 15 S. 107.
[6]) Rehm, Das Kind in der Gesellschaft S. 311.

Mensch mit etwa 15 Jahren, auch bei nicht gehemmter oder zurückgebliebener Entwicklung, fähig ist, ein für alle Mal von jeder verbrecherischen Handlung die ihr anhaftende Rechtswidrigkeit zu erkennen.[7]) Ein Fünfzehnjähriger ist zwar wohl stets fähig, die Rechtswidrigkeit des Diebstahls einzusehen; aber bereits hinsichtlich der Rechtswidrigkeit einer Fundunterschlagung z. B. kann sein Einsichtsvermögen, besonders wenn es sich um geringwertige Gegenstände handelt, sehr wohl versagen. Ein Sechzehn- bis Siebzehnjähriger, der im großen und ganzen vielleicht bereits jede Handlung auf ihre rechtliche Erlaubtheit oder Unerlaubtheit hin zu beurteilen weiß, kann sehr wohl noch nicht in der Lage sein, die Rechtswidrigkeit eines Religionsvergehens zu. B. einzusehen.[8])

Es gibt aber nicht wenige Individuen, die, weil ihre Entwicklung Hemmungen erfahren hatte, nach Abschluß des Kindesalters, also in den Jahren, in denen ihre Altersgenossen schon vielfach die zur Zurechnungsfähigkeit erforderliche geistige Reife aufweisen, hinsichtlich der meisten, wenn nicht sogar hinsichtlich aller Delikte, noch einsichtunfähig sind. Die gehemmte Entwicklung selbst ist in der Hauptsache auf zweierlei Ursachen zurückzuführen: Einmal auf den Mangel genügender Erziehung. Denjenigen Individuen, denen es neben der Erziehung durch die Schule an einer sorgfältigen, zur Ergänzung der Erziehungsarbeit der Schule unbedingt notwendigen Erziehung durch die Eltern gefehlt hat, kann meist erst das Leben selbst die nötige Reife vermitteln; sie gelangen gewöhnlich erst in der auf die Kinderjahre folgenden Altersperiode, wenn sie als Lehrlinge, als junge Angestellte oder Arbeiter bereits — wenn auch in bescheidenem Maße — am Arbeitsleben, am öffentlichen Leben teilnehmen, zu der geistigen Reife, die Grundvoraussetzung jeglicher Zurechnungsfähigkeit ist. Je nach der geistigen Veranlagung, der geistigen „Bildsamkeit" des Einzelnen, gelangt der Reifungsprozeß auch hier bald früher, bald später zum Abschluß.

Zum zweiten hat die Tatsache, daß mancher Jugendlicher mit 14, 15 und noch mehr Jahren im Gegensatz zu seinen Altersgenossen noch in keiner Hinsicht die zur Zurechnungsfähigkeit erforderliche geistige Reife besitzt, ihren Grund oft darin, daß die besondere Veranlagung des Jugendlichen, seine Minderbegabung den Entwicklungsprozeß zu sehr hemmten. Es ist ja bekannt, daß gerade unter den straffälligen Jugendlichen viele schwachsinnige, geistig minderwertige Menschen sind. Erst in den spätesten Jugendjahren kann bei sol-

[7]) Vgl. Oetker in Ger. S. 73 S. 393.

[8]) Im obigen Sinne die allgemeine Meinung. Vgl. z. B. v. Bar, Gesetz und Schuld II S. 75 ff.; Schmidt, Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht S. 49 ff. Beide betonen mit Recht, daß man nicht nach Deliktsgruppen unterscheiden darf. A. M. bes. Liszt (s. darüber Schmidt a. a. O.!)

chen Individuen, wenn es überhaupt möglich ist,[9]) das für die Zurechnungsfähigkeit nötige Intelligenzminimum frühestens angenommen werden.

Besitzt das noch nicht erwachsene Individuum auch die erforderliche geistige Reife, die Einsichtsfähigkeit, so ist es doch nicht wie der Erwachsene auch bei nicht pathologisch gestörter Psyche ohne weiteres zurechnungsfähig. Denn bei dem noch nicht erwachsenen Menschen treten, auch wenn seine Psyche von pathologischen Fehlern frei ist, die Vorstellung der Unrechtmäßigkeit der Tat und die sonstigen daneben vorhandenen und damit verbundenen Unwertsvorstellungen keineswegs immer als Hemmungsvorstellungen von der Stärke auf, daß sie von der verbrecherischen Tat abzuhalten vermöchten. Es ist dies vielmehr nur bei denjenigen Individuen der Fall, bei denen die ursprünglich völlig farblosen rechtlichen, ethischen usw. Vorstellungen bereits einen entsprechend starken Farbenton durch das Gemüt erhalten haben, um überhaupt als Motive[10]) wirken zu können.

Erst dann kann beim heranwachsenden Menschen von Zurechnungsfähigkeit die Rede sein, wenn auch ein Charakterminimum vorhanden ist. Es muß das Minimum an Charakterentwicklung gegeben sein, bei dem der Charakter „die Stetigkeit und Festigkeit erlangt hat, die den Willen befähigt, den motivierenden Einflüssen gegenüber sich mit annähernder Sicherheit pflichtmäßig zu bestimmen.[11]) Andernfalls fehlt die „freie Willensbestimmung", die „Fähigkeit, seinen Willen der erlangten Einsicht gemäß zu bestimmen", „nach der erlangten Einsicht zu handeln".

Beim Kinde ist jene Stufe der ersten Charakterentwicklung in den allermeisten Fällen überhaupt nicht vorhanden. Das Kind wird ja im wesentlichen von seinen egoistischen Neigungen und Trieben völlig beherrscht. „Das neugeborene Kind hat über seine Handlungen keine Gewalt, erst allmählich gewinnt es die Herrschaft über seinen Körper, und erst später erhält der Wille des Kindes die Kraft und Nachhaltigkeit, daß die Handlung des Kindes nicht mehr als ein durch irgend welche Reize spontan ausgelöster Willensakt, sondern als ein aus Abwägen und Wählen zwischen den verschiedenen Handlungsmöglichkeiten hervorgegangenes Endresultat eines Ueberlegungsprozesses erscheint. Das Kind reagiert bis zur und auch während seiner Pubertät außerordentlich leicht und lebhaft. Ihm fehlt die Willensenergie, einer Handlung, deren sittlicher Unwert vielleicht erkannt ist, zu

[9]) Sobald Schwachsinn in Frage steht, ist in erster Linie stets die Frage zu prüfen, ob dieser nicht so hochgradig ist, daß die allgemeine Unzurechnungsfähigkeit des § 51 R.St.G.B. bejaht werden muß.

[10]) Motiv im Sinne von „zur Willensbetätigung treibende Vorstellungen".

[11]) Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I S. 212.

widerstehen, eine Fähigkeit, die einen wenigstens im gewissen Grade gefestigten Charakter voraussetzt, den das Kind bis zu seinem Eintritt in die Pubertätsperiode nie, während dieser Periode häufig nicht besitzt.“ [12])

Vom Jugendlichen aber ist mit v. Liszt [13]) zu sagen: „Nur wenn die auftauchende Vorstellung von dem aus der Handlung erwarteten Vorteil mit einem Schlag alle die andern rechtlichen, religiösen, sittlichen Vorstellungen weckt, die uns im Hause und in der Schule, durch die Kirche und vor allem durch das Leben, mühsam genug, anerzogen werden, nur wenn diese Vorstellungen lebhaft und kräftig genug sind, um als Hemmungsvorstellungen zu wirken, kann der Jugendliche dem Erwachsenen annähernd gleichgestellt werden.“

Dieser Zustand der „sittlichen Reife“ (wie er gemeinhin genannt wird), der Charakterreife ist ja nun wohl meist mit dem Abschluß des Kindesalters, nachdem das Kind unter dem Einfluß der Erziehung durch Haus und Schule die grundlegende „Umbildung“ („Sublimierung“, Veredelung seiner schädlichen egoistischen Regungen und Triebe) erfahren hat,[14]) gegeben. Darf man doch keineswegs unter „sittlicher Reife“, „Charakterreife“ jene Stufe des erwachsenen rechtlich denkenden und handelnden Menschen verstehen, auf der das Individuum wirklich von ethisch-rechtlichen Prinzipien beherrscht und geleitet wird. Denn „der Charakter kann sich nach der entgegengesetzten Richtung, zur Unmoral entwickelt haben.“ [15])

Aber es muß wohl beachtet werden: Bei den Jugendlichen, denen es — wie es gerade in den sozial tieferstehenden Kreisen, aus denen unsere junge Verbrecherwelt zum größten Teil hervorgeht, recht häufig der Fall ist — an einer sorgsamen, wahren und sachgemäßen häuslichen Erziehung, an wirklicher Zucht gefehlt hat, ist es meist nicht Unmoralität, nicht ein bereits verderbter Charakter, der sie straffällig werden läßt. Es fehlt diesen jungen Menschen vielmehr sehr oft überhaupt noch jegliche Eigenart; sie sind noch in keiner Hinsicht eine Persönlichkeit, weder in guter noch in schlechter Richtung, sie besitzen noch nicht jenes Minimum an Charakterentwicklung (vgl. o. S. 19), „welches uns verbürgt, daß Vorstellungen und Empfindungen nicht mehr triebartig Willensakte auslösen, daß vielmehr die Eigenart des Individuums, der Charakter bei dem psychischen Prozesse der Motivation in die Wagschale fällt oder

[12]) Fuchs a. a. O. S. 83/84. Daß das Kind, wie Fuchs meint, nie jenes Charakterminimum besäße, kann nicht zugegeben werden. Bei guter Veranlagung und sorgfältiger Erziehung kann das — ältere — Kind es wohl besitzen.

[13]) Aufsätze I S. 445.

[14]) S. Hoffmann, Psychologie der straffälligen Jugend S. 9 ff., bes. S. 11

[15]) Fuchs a. a. O. S. 55.

fallen kann.“ [16]) Denn die Schule allein kann dieses Charakterminimum nicht geben. Das dort vermittelte Wissen kann nichts nützen, wenn nicht dem Kinde daneben noch dauernd — tagtäglich, ja stündlich — zu Hause von den ihm am nächsten stehenden Menschen das drastisch ehrliche, gefühlsbetonte Beispiel einer guten Lebensführung vorgelebt wird.[17]) Wenn letzteres der Fall nicht ist, kann sich — von den die Minderzahl bildenden Fällen einer ausgesprochen amoralischen Veranlagung des Individuums abgesehen — ein Charakter überhaupt nicht entwickeln. Bei solchen Individuen wirkt sich dann die Pubertätsentwicklung mit ihren Stürmen und Nöten ganz naturgemäß zumeist so tiefgreifend aus, daß der junge Mensch, man kann ruhig sagen, überhaupt keinen Willen besitzt, daß er den an ihn herantretenden Versuchungen, den äußeren Anreizen zum Verbrechen ohne Widerstandskraft gegenübersteht. Bestimmte Vorstellungen und Empfindungen, die Einflüsse dritter Personen vermögen einen solchen jungen haltlosen Menschen so zu beherrschen, daß ihm jegliche „Vernunftäußerung“,[18]) jegliche Willensbestimmungsfähigkeit abgeht. Mag sein Verstand auch noch so entwickelt sein, er ist einfach nicht in der Lage, den Trieben, den Einflüssen Dritter zu widerstehen. Während bei einem Jugendlichen, der den Segen einer wahren häuslichen Erziehung genossen, die auftauchenden Vorstellungen der Schädlichkeit, der Sittenwidrigkeit, der Unrechtmäßigkeit der geplanten Handlung geeignet sind, als Hemmungsvorstellungen derart zu wirken, daß sie von der Tat abzuhalten vermögen, ist jenem Jugendlichen eine auf jene Vorstellungen gegründete Moti-

[16]) Fuchs a. a. O. S. 56: „Die Normen der Rechtsordnung stellen . . . nicht nur abstrakte, allgemein gültige Prinzipien dar, nach denen wir den moralischen oder sozialen Wert oder Unwert einer Handlung beurteilen, sie können auch im konkreten Fall dadurch, daß jeder sie als Handlungsmaximen kennt und anerkennt, selbst zu Bestimmungsgründen für die Willensentscheidung werden und den Motivationsprozeß in höherem oder geringerem Grade, oft auch entscheidend beeinflussen. Soweit sich das Individuum der Norm überhaupt bewußt ist, sucht sich die Norm zur Herrschaft zu bringen. Behaupten kann sie sich als Bestimmungsgrund aber gegenüber den mannigfachen sinnlichen Trieben und Anreizen . . . nur, wenn diese Normen in seinem Bewußtsein so erstarkt sind, daß sie sein Verhalten fortdauernd bestimmen, wenn es dem Individuum zur Sinnesart geworden ist, auf gewisse Motive normgemäß zu reagieren, wenn die Norm also in dem Individuum selbst, in seinem Charakter Wurzel gefaßt hat.

[17]) Vgl. v. Liszt in Aufsätze II S. 342: „In der Familie soll das Kind die Grundlage für seine spätere selbständige Entwicklung finden. Weniger durch die theoretische Lehre als durch Beispiel und Gewöhnung wirkt die Familie. Wer von Kindesbeinen an gesehen und erlebt hat, daß die Interessen des einzelnen dem der anderen sich unterordnen müssen, dem werden altruistische Regungen zur zweiten Natur. Wer zur Anständigkeit, zu Ordnung und Reinlichkeit erzogen ist, verfügt über einen unerschöpflichen Quell von rechtlich-sittlichen Hemmungsvorstellungen“.

[18]) S. v. Hippel in Z.St.W. 23 S. 404 ff.

vierung einfach eine Unmöglichkeit. Er fällt den von außen an ihn herantretenden Einflüssen als ein willenloses Opfer anheim; er reagiert triebartig wie das Kind und ist wie dieses — unzurechnungsfähig. Für eine Schuldzurechnung besteht kein Raum.

Von den psychopathischen Jugendlichen wurde im vorigen völlig abgesehen. Bei diesen Individuen wird häufig die (allgemeine) Unzurechnungsfähigkeit des § 51 R.St.G.B. gegeben sein, so daß hier stets in erster Linie eine genaue Prüfung und Untersuchung — unter Zuziehung eines psychiatrischen Sachverständigen — in jener Richtung geboten erscheint. Wenn aber auch im Einzelfall § 51 oft nicht Anwendung finden kann, so ist doch, falls der betreffende Jugendliche nicht eine ganz sorgsame und gute Erziehung genossen hat, in den meisten Fällen — die „Jugendunzurechnungsfäkigkeit" zu bejahen.[19])

§ 4.

Mangelnde Altersreife als Grund verminderter Zurechnungsfähigkeit.

Mit vollem Rechte wird und wurde seit alters die Jugend als allgemeiner gesetzlicher Strafmilderungsgrund berücksichtigt. Nichts anderes als der durchaus richtige Gedanke einer „verminderten Schuldfähigkeit" des Jugendlichen liegt dem zugrunde.

Unser Reichsstrafgesetzbuch von 1871 hatte sich gegenüber dem Begriff der verminderten Zurechnungsfähigkeit ablehnend verhalten, trotzdem dieser in der dem St.G.-B. vorhergehenden Partikulargesetzgebung schon vielfach Berücksichtigung und Anerkennung gefunden hatte.[1]) Freilich war es im vorigen Jahrhundert noch äußerst strittig, „ob für diejenigen, welche zwar die Minimalerfordernisse der Zurechnungsfähigkeit aufweisen, aber mit offensichtlichen Defekten gegenüber dem Durchschnittsmaß jener Fähigkeiten behaftet sind, eine eigene Gruppe zu bilden ist".[2]) Heute wird dies überzeugend anerkannt, und

[19]) Bei den psychopathischen Jugendlichen ist vielfach ein geistiger Defekt gar nicht vorhanden; vielmehr erfolgt meist die Entwicklung der Hemmungsvorstellungen mangelhafter, langsamer als beim nichtpsychopathischen Individuum. Beim psychopathischen Jugendlichen „sehen wir daß die verstandesmäßigen Ueberlegungen, auch wenn sie auf Befragen in ganz normaler Weise produziert werden können, im Augenblick, wo starke triebhafte Anregungen erfolgen, ihre Wirksamkeit im hemmenden Sinn nicht entfalten können." (Kramer, „Psychopathische Veranlagung und Straffälligkeit im Jugendalter", Beiträge zur Kinderforschung und Heilerziehung, Heft 162 S. 6.)

[1]) S. Kahl, Vhdlg. des 27. D.J.T. I S. 7 f.

[2]) Köhler, Lehrbuch S. 320.

es ist kein Zweifel, daß in unserem nun wohl in Bälde zu erwartenden neuen Strafgesetzbuche die vermindert Zurechnungsfähigen zu ihrem Rechte kommen werden.[3])

Es besteht hier im Rahmen dieser Aufgabe nicht die Möglichkeit, auf die vielen, äußerst schwierigen Probleme, die der Begriff der „verminderten Schuldfähigkeit" in sich birgt, auch nur einigermaßen näher einzugehen.[4]) Wenn vielfach verlangt wird, daß nur diejenigen als vermindert schuldfähig zu behandeln seien, bei denen es sich um krankhafte, nicht bloß vorübergehende Zustände handelt,[5]) so hat dies im Grunde genommen wohl seine Berechtigung. Der Gesetzgeber mag dem entsprechen. Vom dogmatischen Standpunkt aus aber kann kein Zweifel bestehen, daß auch die Jugendlichen zum Kreis der vermindert Zurechnungsfähigen gehören, sodaß mit Köhler, Lehrbuch S. 322, sehr wohl gesagt werden kann: „Verminderte Schuldfähigkeit ist gegeben, wenn die bei Zurechnungsfähigen vorausgesetzten Fähigkeiten zwar vorhanden, aber infolge unentwickelter Reife oder psychopathischer Eigenschaften erhebliche Mängel aufweisen."

Man darf ruhig sagen, daß bei jedem Jugendlichen, auch wenn er ein noch so tüchtiger, rechtlich und sittlich denkender Mensch ist, die für die Zurechnungsfähigkeit maßgebenden Fähigkeiten nicht von der gleichen Stärke und Tiefe wie beim erwachsenen normalen Menschen sind. Auch wenn der Jugendliche in seiner Kindheit eine durchaus einwandfreie Erziehung gehabt hat, fehlt ihm ein Wichtiges, das der Erwachsene ihm voraus hat: Die Schulung der Verstandes- und Willenskräfte durch das Leben! Erst das Leben selbst, das jahrelange Sichumsehen, Mitfühlen und Mitarbeiten in der großen Arbeits- und Kulturgemeinschaft der Mitmenschen, formt ihn zu einem Menschen, der mit Recht die volle Verantwortung für sein ganzes Tun und Lassen zu tragen hat. Besonders aber die sittliche Reife ist es, die erst das Leben in umfassenden Maße zu geben vermag. „Der Erwerb einer bewußten Sittlichkeit verlangt ... zweifellos neben einem gewissen Maße von Verstandesreife, neben einer gewissen Erfahrung über die gegenseitigen Beziehungen in der menschlichen Gemeinschaft, ein oft wiederholtes Erleben der verschiedensten eigenen Gefühlszustände. Vieles muß erst durch Erziehung und Belehrung zum Verständnis gebracht werden, vor

[3]) S. Entwurf 1927, § 13 Abs. I: Nicht zurechnungsfähig ist, wer zur Zeit der Tat wegen Bewußtseinstörung, wegen krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder wegen Geistesschwäche unfähig ist, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen oder nach dieser Einsicht zu handeln. Abs. II: „War die Fähigkeit zur Zeit der Tat aus einem dieser Gründe wesentlich vermindert, so kann die Strafe gemildert werden."

[4]) Zur Einführung s. z. B. Schurig, „Die strafrechtliche Bedeutung der sogen. verminderten Zurechnungsfähigkeit".

[5]) Vgl. z. B. Kahl, V.D. Allg. Teil I S. 67.

allem aber muß jeder Einzelne an sich selbst Zustände von Schmerz und Lust, Hoffnung und Enttäuschung, Vorsatz und Reue, Strafe und Belohnung irgendwie durchkostet haben, um sich in fremde Seelenzustände einfühlen zu können..... Wenn der Psychiater Siemens auch mit seiner Annahme zu weit geht, daß überhaupt erst mit der Pubertät das Gefühl des Altruismus sich entwickeln könne, so werden doch sicherlich gerade in der Zeit der sexuellen Reifung noch neue altruistische Instinkte in der Seele geweckt, vorher unmögliche soziale Interessen dem Ideenkreise zugänglich gemacht und das natürliche Register der Gefühle und Strebungen erst durch diese innere Sturm- und Drangperiode zur Vollständigkeit und tieferen Betonung gebracht".[6])

Zu dem Mangel genügenden inneren und äußeren Erlebens kommt noch, daß die Störungen des seelischen Gleichgewichtes, die die Pubertätsentwicklung für jeden Jugendlichen mit sich bringt, selbst den Besterzogenen zu einem schwankenden, dauernd mit sich selbst kämpfenden Menschen machen, der heute die Welt mit seiner Kraft und Stärke erobern, umstürzen und morgen klein und verzagt an allem, an den Menschen und der ganzen Welt verzweifeln möchte. Dieses stete Kämpfen mit sich und der Welt, nicht zuletzt eine Folge des stürmisch erwachenden Sexualtriebes, der ihn nicht zur Ruhe kommen läßt, steigert die „gemütliche Erregbarkeit"[7]) des jungen Menschen auf das äußerste und die Hemmungen, die ihm früher vielleicht bereits voll wirksam zur Seite standen, verlieren bedeutend an Kraft und Stärke. „Die bloß gepredigte Tugend wirkt nicht mehr. Die bloß erzwungene Tugend geht zur Neige. Der Verstand ist noch nicht geschult genug, um Folgerungen bis zum Ende der Ereignisse oder gar der Dinge zu ziehen..... Dem Jugendlichen fehlen Umsicht und Erfahrung, um die Tragweite seiner Handlung erkennen zu können, aber auch die sichere Herrschaft des Charakters über den Willen und die Kraft zur ethischen Motivierung des Handelns".[8]) „Auch wenn der Charakter bisher schon eine gewisse Abgeklärtheit erlangt hat, tritt in der Pubertätszeit meist ein Rückschlag ein".[9]) „Es ist... das Entwicklungsalter charakterisiert dadurch, daß bei einem Anstürmen

[6]) Levy-Suhl in Z.f.Ps. u. Ps IV S. 154, unter Zitierung (älterer) psychologischer Literatur. Levy-Suhl verwendet die zitierten Worte allerdings nicht, wie im Text geschehen, für das Problem der verminderten Zurechnungsfähigkeit der Jugendlichen.

[7]) Hoche, Handbuch der gerichtlichen Psychiaterie S. 53.

[8]) Hellwig, Jugendgerichtsgesetz S. 16/17. S. überhaupt a. a. O. 14 bis 26 die interessanten, leider nicht recht systematisch angeordneten Ausführungen über die Psychologie des jugendlichen Verbrechertums, die gegründet sind auf eine reiche Auslese aus der einschlägigen psychologischen Literatur.

[9]) Hellwig a. a. O. S. 83.

gegen jede Schranke und Autorität, bei einer gewissen Disharmonie im Wollen und Können und einer großen Ueberschwänglichkeit allmählich ein selbständigeres und ruhigeres Denken, ein klareres Urteil über die Bedeutung der eigenen Persönlichkeit in ihren Beziehungen zur Außenwelt, Selbstbeherrschung und Selbstkritik und die höheren ethischen Vorstellungen erworben werden".[10]) Volle Zurechnungsfähigkeit kann also selbst beim normal entwickelten Jugendlichen nie in Frage kommen. Beim geistig minderwertigen sowie beim psychopathischen Jugendlichen ist, sofern nicht Unzurechnungsfähigkeit gegeben ist, die Schuldfähigkeit naturgemäß auf ein Minimum herabgedrückt. Darüber erübrigen sich nähere Ausführungen.

§ 5.

Der Strafunmündigkeitsbegriff.

Unter „Strafmündigkeit" wird meist nichts anderes verstanden als Zurechnungsfähigkeit. Es wird gewöhnlich behauptet, daß beide Begriffe sich decken. Der letztere fasse die (die Zurechnungsfähigkeit bildende) Beschaffenheit des Menschen nur „vom Standpunkt des Zustandes" auf, während der erstere „dieselbe Beschaffenheit als Ergebnis einer Entwicklung" betrachte.[1])

Tatsächlich haben denn auch die europäischen Gesetzgebungen bis in die neueste Zeit herein das Strafmündigkeitsproblem — im allgemeinen — nur unter dem Gesichtspunkt der Zurechnungsfähigkeitsfrage betrachtet und zu lösen versucht.

Der unbestreitbaren und auch von jeher unbestrittenen Tatsache entsprechend, daß nicht eine scharf umrissene Grenze im Alter des Menschen gezogen werden kann, auf deren einer Seite Zurechnungsfähigkeit („Strafmündigkeit"), auf deren anderer Seite Unzurechnungsfähigkeit („Strafunmündigkeit") ein- für allemal gegeben wäre, kennen einzelne Gesetze, wie z. B. der code pénal von 1807, überhaupt keine Periode der absoluten „Strafunmündigkeit", während im übrigen entweder die Grenze so niedrig gezogen ist, daß die Unzurechnungsfähigkeit des für straffrei erklärten Kindes außer jedem Zweifel steht, oder das „strafunmündige" Kind meist für unzurechnungsfähig erklärt, d. h. genauer: eine gesetzliche Vermutung für seine Unzurechnungsfähigkeit aufgestellt ist.

Nachdem bisher grundsätzlich die Strafe die notwendige Folge einer jeden strafbaren Handlung war, sofern der Täter nur mit Zurechnungsfähigkeit handelte und eine Straflosigkeit nur dann in Frage kam, wenn es an der Zurechnungsfähigkeit

[10]) Cramer, Entwicklungsjahre und Gesetzgebung S. 9.
[1]) Grimm, Jugendliches Alter als Schuldausschließungsgrund S. 26.

des Uebeltäters ermangelte — Zeit des absoluten Vergeltungsgedankens! —, war es ja wohl zu rechtfertigen, wenn die durch mangelnde Altersreife bedingte Unzurechnungsfähigkeit mit „Strafunmündigkeit" bezeichnet wurde. Heute ist letzteres aber wohl nicht mehr angängig, da der Strafmündigkeit bezw. Strafunmündigkeit ohne Zweifel eine selbständige, vom Zurechnungsfähigkeitsbegriff unabhängige Bedeutung zukommt.

Mündig sein heißt: reif, genauer: reif geworden sein; strafmündig also = reif geworden für die Strafe sein. Dem Wortsinne nach ist demnach Strafmündigkeit nichts anderes als: die mit erlangter Altersreife gegebene Strafbarkeit des Menschen, Strafunmündigkeit = die durch die mangelnde Altersreife bedingte Strafunfähigkeit.

Im folgenden soll darzulegen versucht werden, daß eine derartige Auffassung, Strafunmündigkeit = Strafunfähigkeit der Altersunreifen, durchaus ihre innere Berechtigung hat. Wie dann im späteren Teil der Abhandlung gezeigt werden soll, kann aber auch mit gutem Recht behauptet werden, daß auch unser Gesetzgeber die Strafunmündigkeit in jenem Sinne versteht.

Ohne Zweifel bilden Strafunmündgikeit und Unzurechnungsfähigkeit des Altersunreifen zwei derart sich schneidende Kreise, daß beide in weitem Maße zusammenfallen. Denn die psychische — geistige und sittliche — Unreife des Kindes, die dessen Unzurechnungsfähigkeit begründet, ist auch in der Hauptsache der Grund der Strafunmündigkeit. Das Kind, das die zur Zurechnungsfähigkeit erforderliche Reife noch nicht besitzt, ist stets eben wegen dieses psychischen Mangels auch strafunmündig, da die psychische Reife, besonders in intellektueller Hinsicht, auch notwendige Voraussetzung für die Wirksamkeit der Kriminalstrafe ist.

„Maßgebend für das Vorhandensein der Straffähigkeit des Individuums muß immer die Möglichkeit psychischer Einwirkung auf den Täter sein". Durch die Strafe „sollen nachdrückliche Unlustgefühle in der Psyche des Täters erweckt werden, der Sträfling soll die Strafe als ein ihm von der Gesellschaft zugefügtes Uebel empfinden; denn erst dann kann die Strafe ihre Hauptziele, Abschreckung und Besserung, erreichen. Diese Wirkungen kann die Strafe aber nur erzielen, wenn sie auf ein Individuum angewendet wird, welches bereits geistig soweit entwickelt ist, daß es einerseits die Strafbarkeit seiner Handlung einzusehen vermag, daß es sich bewußt ist, der Gesellschaft, dem Staat oder einem Einzelindividuum ein Uebel, ein Unrecht, zugefügt zu haben, und andererseits die Bedeutung der Kriminalstrafe begreift. Ist dies nicht der Fall, so wird es das ihm von der Gesellschaft zugeführte Uebel als eine Ungerechtigkeit empfinden und dadurch verbittert werden, oder — was das Wahrscheinlichere ist — es wird den Ernst der Strafe überhaupt

nicht verstehen. In beiden Fällen wird die Strafe nur Unheil stiften, indem sie den einen zur Auflehnung gegen die Gesellschafts- und Rechtsordnung nur noch mehr anreizt, für den andern aber die Wirksamkeit der Strafdrohung wie des Strafvollzugs auch für die Zukunft illusorisch macht".[2]) Was den letzteren Gesichtspunkt anlangt, so dürfte wohl von jedem anerkannt werden, daß jedenfalls die Freiheitsstrafen von nur geringer Dauer, wie sie Kindern gegenüber hauptsächlich zur Anwendung kommen, wenig geeignet sind, das Kind abzuschrecken, zu bessern und zu erziehen. „Von Furcht vor dem Gefängnis ist keine Spur vorhanden, nachdem sie das Gefängnis kennengelernt haben".[3]) Im Gegenteil! Vom Gefängnis und allem, was das Kind dort gesehen und erlebt hat, bleibt ihm meist kein der Wirklichkeit entsprechendes Erinnerungsbild; eine neue Welt hatte sich ja vor ihm aufgetan, „voll von abenteuerlichem Reiz, der seine Phantasie auf das lebhafteste erregt".[4]) Zudem bedeutet die Verbüßung der Freiheitsstrafe für das verbrecherische schulpflichtige Kind, das ja in aller Regel den Schulbesuch als etwas sehr Lästiges empfindet, zugleich eine stets ersehnte Unterbrechung des Schulunterrichts. Außerdem: Bei den traurigen Verhältnissen, in denen unsere verbrecherischen Kinder nicht selten aufwachsen, ist es nur natürlich, daß so manches verelendete Kind das Leben in der Strafanstalt, in der es „in sauberen und warmen Hafträumen sich wieder einmal eine Zeitlang satt essen kann und auch sonst vielleicht besser behandelt wird als zu Hause"[5]) nicht gerade als schweres, möglichst zu vermeidendes Uebel empfindet.

Auch die Geldstrafe ist kein geeignetes wirksames Strafmittel gegen Kinder. Das Kind erhält seinen Unterhalt und das übrige zum Leben Notwendige von seinen Eltern oder den sonstigen mit seiner Pflege betrauten Personen; eigene Mittel zu seiner freien Verfügung, deren Verkürzung durch die Geldstrafe das Kind empfindlich berühren könnte, hat es noch nicht. Ferner fehlt ihm das richtige Verständnis für Geld und Geldeswert, sodaß die Geldstrafe, wenn das Kind eigenes Vermögen besizt und die Geldstrafe aus diesem bestritten wird, wohl nicht den geringsten Eindruck auf das Kind hervorruft. Hat es aber, wie es zumeist der Fall sein wird, kein eigenes Vermögen, so werden entweder die Eltern und die übrigen Familienangehörigen von der Geldstrafe betroffen — denn sie müssen ja wohl oder übel bezahlen, wenn ihnen daran gelegen ist, daß das Kind nicht

[2]) Fuchs a. a. O. S. 57/58.

[3]) Appelius, Die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder S. 25. Vgl. Hahn, Die Strafrechtsreform und die jugendlichen Verbrecher S. 35/36; Baumert, Ueber die Zurechnungsfähigkeit und Bestrafung jugendlicher Personen S. 74, 75.

[4]) v. Liszt, Aufsätze II S. 347.

[5]) Klein, Vhdl. d. 27. D.J.T. I S. 103.

die subsidiär erkannte Freiheitsstrafe verbüßen muß — oder das Kind „sitzt" die Freiheitsstrafe „ab" — was nicht selten besonders in den sozial tieferstehenden Volksschichten sogar auf das Zureden der Eltern hin geschieht —; damit ist dann aber gleich gar nichts erreicht. Denn daß gerade in diesen Fällen die ein- oder mehrtägige Freiheitsentziehung nicht im geringsten bessernd und erziehlich auf das Kind einzuwirken vermag, kann wohl nicht geleugnet werden.[6])

Es wurde oben (S. 27) hervorgehoben, daß die gegen das altersunreife Individuum verhängte Kriminalstrafe, wenn sie schon überhaupt eine Wirkung auszuüben vermag, meist nur Unheil und Verderben stiftet. Die gewöhnlich bereits während des Strafvollzugs sich in der Seele des Kindes einnistende Verbitterung wegen des ihm vermeintlich zugefügten Unrechts steigert sich später, wenn der junge Mensch in das Leben hinaustritt und die schlimmen Nachwirkungen der Strafe, d. h. des Bestraftseins zu spüren bekommt — er ist gebrandmarkt, mit einem Makel behaftet, sein Fortkommen ist darum oft nicht unwesentlich erschwert — nur zu häufig zu tiefem Haß gegen die Gesellschaft und ihre Institutionen. Und so wird aus dem an und für sich vielleicht sozial wohl brauchbaren Menschen in vielen Fällen ein für die Gemeinschaft völlig unbrauchbarer Mensch.[7]) Diese unheilvolle Gefahr ist ganz besonders groß, wenn das unmündige Individuum zu einer längeren, mehrjährigen Freiheitsstrafe verurteilt war,[8]) und aus diesem Grunde kann man auch nicht, wie man vielleicht versucht sein möchte, der Anwendung von möglichst schweren, langjährigen Freiheitsstrafen gegenüber den Altersunreifen das Wort reden, ganz abgesehen davon, daß eine dahingehende Praxis sich vom Gerechtigkeitsstandpunkt aus als eine Unmöglichkeit darstellt.

Nicht zuletzt muß das dem Hause und der Schule noch nicht entwachsene Kind auch deshalb von der Kriminalstrafe ferngehalten werden, weil das kriminell bestrafte Kind nur zu leicht

[6]) Vgl. Puppe, Vhdl. d 27. D.J.T. IV S. 352; Fuchs a. a. O. S. 119. — Gegen die Geldstrafe auch den Jugendlichen, nicht nur den Kindern gegenüber, u. a. besonders Oetker in Ger. S. 405ff. Die Geldstrafe wird aber auch vielfach befürwortet. S. Oetker a. a. O. — S. auch Fuchs a. a. O. S. 118 über die geringe Wirksamkeit des Verweises nach St.G.B. § 57 I Ziff. 4. Das J.G.G. kennt dieses Strafmittel nicht mehr; gegen die von ihm als Erziehungsmaßregel vorgesehene „Verwarnung" ist ebenfalls Zurückhaltung geboten. Vgl. Hellwig, J.G.G. S. 106.

[7]) Vgl. Lewis in Z.St.W. 21 S. 116.

[8]) S. im übrigen hiezu Appelius a. a. O. S. 25, Fuchs a. a. O. S. 116/117. „In der Altersperiode, in der sich beim Individuum in körperlicher wie geistiger Beziehung der Hauptentwicklungsprozeß abspielt, in der sittliche Widerstandskraft erworben werden soll, befindet sich das Kind in der Strafanstalt. Wie soll es hier die Ausbildung erhalten, die es befähigt, sich nach seiner Entlassung im Leben, dem es völlig entfremdet worden ist, zu behaupten?" (Fuchs S. 117).

einen überaus verderblichen Einfluß auf seine Altersgenossen, seine Mitschüler und Mitgespielen auszuüben vermag. Appelius führt hiezu u. a. in zutreffender Weise aus: „Der jugendliche Täter, der noch nicht 14 Jahre alt ist, tritt aus dem Gefängnis in die Volksschule zurück, oder zuerst ein. Alle anderen Schulen, Gymnasium, Real- und Bürgerschulen, schieben mit Gefängnis bestrafte Elemente ab, die Volksschule kann das nicht; sie muß nicht nur ihre bestraften Schüler wieder aufnehmen, sondern sie muß auch die aus anderen Schulen verwiesenen noch hinzunehmen..... Darin liegt eine große Gefahr. In der Volksschule sind ohnehin die Elemente, aus denen sich das jugendliche Verbrechertum meistens rekrutiert, vertreten. Der bereits Bestrafte, der in die Volksschule eintritt oder wieder eintritt, wird nun entweder von den andern Schülern gemieden, das ist noch das Beste, oder meist als Mensch angestaunt, der schon etwas vom Leben kennt. Im ersten Fall werden die andern wohl selten infiziert, der gleichsam Ausgestoßene geht aber meist vollständig zugrunde; im zweiten Fall ist der Bestrafte der Held des Tages, er wird der Führer und der Verführer seiner Mitschüler und reißt sie ins Verderben mit hinab. Niemand läßt sich leichter leiten wie gerade ein Kind von einem andern Kind, dem es ein gewisses Uebergewicht über sich einräumt..... Die gleiche Gefahr wie für die Volksschule entsteht aus der Rückkehr des jugendlichen Bestraften zu seinen Gespielen für diese“.[10])

Zweiter Abschnitt

Die Schuldfähigkeit des Kindes im Deutschen Recht.

(Strafunmündigkeit und Unzurechnungsfähigkeit)

§ 6.

Geschichtliches.

Es ist nicht richtig, daß, wie hie und da behauptet wird,[1]) das altdeutsche Recht — vor der Zeit der Rechtsbücher — die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Kindes völlig außer Acht gelassen hätte. Vielmehr läßt sich feststellen, daß die im kindlichen Alter befindlichen Personen im allgemeinen sehr wohl als unzurechnungsfähig, als „unvermögend, einen widerrechtlichen Willen zu entfalten“,[2]) angesehen wurden.[3])

[10]) Appelius a. a. O. S. 28.
[1]) S. z. B. Badstübner S. 23.
[2]) Wilda, Das Strafrecht der Germanen S. 146 ff., bes. S. 155.
[3]) S. Wilda, a. a. O. S. 640, 641.

So war nach dem uns überlieferten Rechte der salischen Franken und dem der Friesen das Kind bis zum zwölften Lebensjahr von Strafe frei, weil es „den Frieden nicht verwirken konnte"; es mußte nicht, wie der Erwachsene, das sogen. „Friedensgeld" an den Staat entrichten.[4])

Auch im alten deutschen Recht zur Zeit der Rechtsbücher — also bis zum Anfang des 16. Jahrhunderts — finden wir die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes berücksichtigt. Jedoch ist es keineswegs mehr allgemeiner Gedanke, das Kind so weitgehend wie das altgermanische Recht (bis zum 12. Lebensjahr) als unbedingt unfähig, einen widerrechtlichen Willen entfalten zu können, zu behandeln. Wohl bestimmte das erste große Rechtsbuch, der Sachsenspiegel (II 65), daß das Kind bis zu 12 Jahren durch nichts seinen Leib solle verwirken können[5]); aber von einer allgemeinen Straflosigkeit des Kindes sagt es nichts. Trotzdem scheint man das noch nicht 12jährige Kind doch wohl als unzurechnungsfähig angesehen zu haben. Der Verfasser des „Richtsteig Landrechts"[6]) sagt in seinem Kap. 43 § 4: „na dem dat it kint noch als junk is, dat it sic van dorheit nicht vorstan kan arges unde gudes ..."[7]) Und die Glosse zum Ssp. II § 1 führt aus: „Allhier merke auch den Unterschied zwischen Gewalt und Schaden. Gewalt mag niemand thun ohne Willen. Darum auch diese, nemlich Kinder und Thoren, weil sie keinen Willen noch Vorsatz haben, mögen sie auch keine Gewalt thun und folgendes verwirken sie auch damit

[4]) Im alt-deutschen Recht ist wohl auseinander zu halten die an den Verletzten zu zahlende Buße — bei der Tötung „Wergeld" genannt — einerseits und das an den Staat oder König — wegen Störung des öffentlichen Friedens — zu entrichtende Friedensgeld andererseits. Die Verpflichtung zur Bußzahlung war eine rein privatrechtliche Folge des Verbrechens (Schadensersatzpflicht!) und hat mit öffentlicher Strafe nichts zu tun. Auch das Kind mußte infolge der eigentümlichen und von den heutigen Begriffen sehr abweichenden Anschauung von der Schadensersatzpflicht, wie sie dem germanischen Rechte eigen ist, das Wergeld, die Buße entrichten (wenn auch nicht in der vollen Höhe wie der Erwachsene). — Dieser Umstand, „daß das kindliche Alter nicht auch die zivilrechtliche Haftbarkeit für angerichteten Schaden ausschloß, . . . ist leicht geeignet, in die Begriffsbestimmung der Zurechnungsfähigkeit im altgermanischen Rechte Verwirrung hineinzubringen." (v. Slupecki, Die Lehre von den jugendlichen Verbrechern im gemeinen Deutschen Strafrecht und Strafprozeßrecht S. 4. S. auch Wilda a. a. O. S. 642 f.) — Näheres über das Kind im alt-deutschen Rechte s. v. Slupecki a. a. O. S. 1 ff. und Baumert a. a. O. S. 18 ff. und die dort angeführte Literatur.

[5]) Der Ssp. selbst spricht nur von einem „kint binnen sinen jaren"; der Richtsteig Landrechts — s. N. 6! — erklärt: „binnen sine jaren, dat sin twelf jar" (cap. 43 § 4).

[6]) Richtsteig = Anleitung zum gerichtlichen Verfahren; Richtsteig Landrechts = Anleitung zum gerichtlichen Verfahren des Rechts, das weder Stadt- noch Hof- noch Lehnrecht ist.

ihren Leib nicht".[7]) Auch noch andere Rechte dieser Zeit berücksichtigen gleichfalls die kindliche Unreife bis zum Abschluß des Kindesalters. So z. B. das Augsburger Stadtrecht bis zum 14. Lebensjahr. Dagegen bestimmte das neben dem Sachsenspiegel zweitwichtigste Rechtsbuch, der Schwabenspiegel, daß das Kind nur bis zum siebenten Lebensjahr durch nichts seinen Leib verwirken könne. Beim Diebstahl findet sich dann noch die Sonderbestimmung, daß für dieses Delikt die Todesstrafe bis zum 14. Jahre unzulässig sei, aber es ist ausdrücklich gesagt, daß das Kind doch wohl „an Haut und Haaren" gestraft werden solle, wenn es kein Vermögen habe, um den Diebstahl zu entgelten. Aehnliche Bestimmungen trifft das Kulmische Recht vom Jahre 1394.

Bemerkenswert ist das Lübische Recht. Dieses schreibt dem Richter ausdrücklich vor, bei Kinder unter 12 Jahren nach dem Vorhandensein der Zurechnungsfähigkeit zu forschen! Die Art und Weise, durch die der Richter das Kind auf seine Zurechnungsfähigkeit, bezw. Unzurechnungsfähigkeit hin nach der Weisung des Gesetzes prüfen sollte, ist allerdings — natürlicherweise — eine primitiv-äußerliche.[8]) [9])

Bevor wir die folgende Periode des gemeinen deutschen Rechts — vom Erlaß der „Peinlichen Gerichtsordnung" des Kaisers Karl V. an — ins Auge fassen, ist es angebracht, einen Blick auf das römische und kanonische Recht zu werfen. Auf das römische Recht in seinen einzelnen Entwickungsstadien kann nicht eingegangen werden. Es muß vielmehr im wesentlichen das voll entwickelte Römerrecht, wie es uns in der Justinianischen Codifikation gegenübertritt, der Betrachtung unterzogen werden. Als grundlegendes Prinzip dieses Rechtes läßt sich erkennen, daß bis zur Pubertät — d. i. bei Knaben bis zum 14., bei Mädchen bis zum 12. Lebensjahr — stets von Fall zu Fall über die Zurechnungsfähigkeit entschieden werden mußte.[10]) Doch wird auch ausgesprochen, daß bei den „infantes" — d. s. die, die noch nicht (fertig) der Sprache mächtig sind, nach allgemeiner Anschauung die Kinder bis zum siebenten

[7]) Zitiert nach Baumert a. a. O. S. 20 u. 21.

[8]) „Wenn ein Kind unter 12 Jahren jemanden getötet hat, so soll der Richter in die eine Hand einen Pfennig nehmen und in die andere einen Apfel und beide dem Kinde hinhalten. Greift das Kind nach dem Apfel, so soll man es für unzurechnungsfähig halten, greift es nach dem Pfennig, so muß es seine Tat vor Gericht vertreten" (zitiert nach Baumert S. 22/23.

[9]) S. zu Einzelheiten dieser und der vorhergehenden Seite: Baumert a. a. O. S. 20—26.

[10]) Mommsen, Römisches Strafrecht S. 76. N. 3 a. a. O.: „Das Prinzip spricht am schärfsten aus Alexander, Cod. 9, 47, 7: impunitas delictis propter aetatem non datur, si modo in ea quis sit, in quam crimen quod intenditur cadere potest."

Lebensjahr [11]) — die Zurechnungsfähigkeitsfrage gar nicht aufgeworfen werden soll,[12]) so daß man wohl — wie es viel geschieht — sagen kann, daß auch das römische Recht eine Periode der absoluten Unzurechnungsfähigkeit des Kindes gekannt habe.[13]) Für die Altersperiode von der Beendigung der Infantia an bis zur Pubertät wird bei allen möglichen Delikten klar zum Ausdruck gebracht, daß der in dieser Altersstufe Befindliche, der „impubes" (= Unmündige), wohl bestraft werden kann, sofern er „d o l i c a p a x", „iniuriae capax" war, soferne er fähig war, „injuriam intellegere", „rei intellectum capere" und was dergleichen Ausdrücke mehr sind.[14]) Dabei läßt man aber für die „infantiae proximi" gewissermaßen eine Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit gelten (wenn man nicht sagen will, daß die dem Kindesalter noch ganz nahe Stehenden überhaupt glattweg noch als schuldunfähig angesehen wurden!) [15]) und spricht für die „pubertati proximi" eine solche der Schuldfähigkeit aus [16]); ferner wird in der richtigen Erkenntnis, daß für die Frage der Zurechnungsfähigkeit des Altersunreifen der Charakter des einzelnen Deliktes von ausschlaggebender Bedeutung ist, der impubes für manche Delikte, bei denen die Annahme der noch fehlenden Einsicht in den Deliktscharakter zwingend erscheint, von vorneherein als schuldunfähig erklärt.[17]) [18])

Das kanonische Recht hatte, seinem Grundsatz „ecclesia vivit lege Romana" entsprechend, im wesentlichen die gleiche Regelung der strafrechtlichen Behandlung der Altersunreifen wie das römische. Es kennt ebenfalls absolute Straflosigkeit der „infantes" wegen Unzurechnungsfähigkeit und läßt bei den „impu-

---

[11]) In den Quellen zum Ausdruck gebracht in l. 18. pr. § 4 Cod. 6, 30 und l. 1 § 2 Dig. 26, 7.

[12]) S. l. 5 § 2 Dig. 9, 2 (über Diebstahl); l. 12 Dig. 48, 8 (über Tötung).

[13]) S. z. B. v. M e y e n d o r f f, Einfluß des jugendlichen Alters auf die strafrechtliche Zurechnung S. 19; F u c h s a. a. O. S. 44. M o m m s e n a. a. O. sagt: „Es ist nur Aussprechen einer Tatsache, nicht positive Vorschrift, wenn bei dem infans, dem Kinde bis zum vollendeten nicht aufgeworfen werden soll, und wenn (— s. o. den weiteren Text! —) nach dieser Altersgrenze die Bestrafung zwar als zulässig behandelt, aber bei Kindern, die jener unteren Grenze nahe stehen, nicht leicht auf Strafe erkannt, unter allen Umständen aber gefragt wird, ob der Unmündige das Verständnis des Verbrechens gehabt hat oder nicht." B a u m e r t a. a. O. S. 2/3 und v. S l u p e c k i a. a. O. S. 2 drücken sich sehr vorsichtig aus.

[14]) S. z. B. l. 2 § 19 Dig. 47, 8; l. 5 § 2 Dig. 9, 2; § 18 Inst. 4, 1; s. auch die in N. 12 angegebenen Stellen; weitere Angaben bei M o m m s e n a. a. O. S. 76 N. 6.

[15]) S. § 10 Inst. 3, 19.

[16]) Gaius 3, 208; l. 4 § 26 Dig. 44, 4; l. 111 pr. Dig. 50, 17.

[17]) So z. B. l. 22 Dig. 48, 10 (Fälschung). Vgl. v. B a r a. a. O. S. 65.

[18]) S. über das römische Recht des näheren bei B a u m e r t a. a. O. S. 2—16.

beres“ gleichfalls das Vorhandensein der „capacitas doli“ entscheidend sein.[19])

Wie wir im folgenden sehen werden, paßt sich auch das gemeine deutsche Recht im wesentlichen völlig den Grundsätzen des römischen Rechtes an, nachdem die Peinliche Gerichtsordnung Karls V. vom Jahre 1532 — die „Constitutio Criminalis Carolina“ (= C.C.C.) — selbst die Bedeutung der Altersunreife nicht genau erschöpfend regelt. Eine bestimmte Altersgrenze wird von der C.C.C. nur bei den Bestimmungen über den Diebstahl genannt. Es heißt in Artikel 164, daß ein noch nicht vierzehnjähriger Dieb oder eine noch nicht vierzehnjährige Diebin nicht die Todesstrafe erleiden dürfe, macht aber hiebei sofort wieder eine Ausnahme für den Fall, daß „die Bosheit das Alter erfülle“ oder der Dieb „nahe bei 14 Jahren sei“. Im übrigen enthält die C.C.C. nur die allgemeine Bestimmung, es solle, wenn ein Verbrecher „wegen seiner Jugend oder anderer Gebrechlichkeit halber wissentlich seinen Sinn nicht hat“, bei den Rechtsverständigen Rot erholt werden (ergänze: Ob der Täter für zurechnungsfähig und schuldig erachtet werden könne). Bis zu welchem Alter jemand als Jugendlicher zu gelten habe, sagt sie nicht. Die C.C.C., die selbst nur „eine fragmentarische und subsidiäre Bedeutung hatte“ und aus dem römischen Rechte — auf das sie ausdrücklich verweist — „in jedem Artikel interpretiert werden muß“,[20]) hat also ohne Zweifel die Grundsätze des römischen Rechts angewendet wissen wollen. Die gemeinrechtliche Theorie und Praxis hat denn auch diese in der Folge völlig übernommen. Großes Gewicht wurde dabei auf das dem 14. Lebensjahr [21]) sich annähernde Alter gelegt, besonders nachdem die C.C.C. selbst in der oben erwähnten Klausel in Artikel 164 darauf hinwies, und die weiter an jener Stelle gemachte Ausnahme: „falls die Bosheit das Alter erfülle“ wurde als Grundsatz des römischen Strafrechts behandelt [22]) und allgemein dazu benutzt, „um einerseits bei jugendlichen Deliquenten die Zurechnungsfähigkeit überhaupt anzunehmen, andererseits sie zuweilen der vollen Strafe, die einen Erwachsenen treffen würde, zu unterwerfen“.[23])

---

[19]) S. Can. 2, causa 15, qu. 1; cap. 1, 2 X de delictis puerorum 5, 23.

[20]) Roßhirt, Geschichte und System des deutschen Strafrechts I S. 248.

[21]) Man hat in Theorie und Praxis — wohl mit Recht — fast allgemein im Gegensatz zum römischen Rechte auch für Mädchen das 14. Lebensjahr als maßgebende Altersgrenze angenommen mit Rücksicht auf die vom Gesetzgeber bei der Regelung der Strafbarkeit der jugendlichen Diebe ausdrücklich kundgegebene Gleichstellung. (S. v. im Text.)

[22]) Der Satz „malitia supplet aetatem“ tritt jedoch in den römischen Quellen nur in zivilrechtlicher Anwendung, nämlich zur Rechtfertigung der Versagung einer sonst dem Minderjährigen zukommenden Restitution (l. 3 pr. Cod. 3, 42) auf!

[23]) v. Bar a. a. O. S. 66.

Es ist wohl nicht anzunehmen, daß man in der ersten Hälfte des 19. Jahrhunderts, zur Zeit der Territorialgesetzgebung, nicht mehr daran dachte, Zurechnungsfähigkeit des Kindes auch schon vor der Pubertät annehmen zu können. Man stellte ja ebenso wie in den vorhergehenden Jahrhunderten lediglich auf die Verstandesentwicklung ab und erkannte noch keineswegs die Notwendigkeit, zur Zurechnungsfähigkeit auch ein bestimmtes Mindestmaß an sittlicher Entwicklung zu fordern. Wenn trotzdem die meisten der Landsgesetze jener Zeit absolute Straflosigkeit des Kindes bis zum 12. Lebensjahre,[24]) ja sogar bis zum 14. Jahre [25]) festlegten, so wird man nicht fehlgehen, wenn man dies dahin deutet, daß sich als natürliche Reaktion auf die unvernünftig strenge Behandlung der kindlichen Uebeltäter in den früheren Jahrhunderten der — richtig verstandene — Strafunmündigkeitsgedanke sich geltend machte. Man hatte offenbar einsehen gelernt, daß Kinder, wenn sie straffällig werden, nicht einfach als Verbrecher, gegen die unbedingt mit staatlicher Strafe vorgegangen werden müsse, anzusehen sind, sondern daß es besser ist, eine von einem Kinde begangene strafbare Handlung lediglich als ein Zeichen dafür zu werten, daß der Erziehung des jungen Menschen eventuell von Staats wegen Aufmerksamkeit zu schenken sei. Daß in den meisten jener Gesetze die Straflosigkeit des Kindes damit begründet wird, daß das Kind bis zu jenen Jahren unzurechnungsfähig sei,[26]) steht dieser Annahme nicht entgegen. Jene Zeit stand noch völlig im Banne des absoluten Vergeltungsgedankens und der Gesetzgeber

[24]) Kgl Sächsisches Kriminalgesetzbuch vom 30. III. 1838, Art. 66; (das revidierte Gesetzbuch vom 1. X. 1868 setzte das 14. Jahr als Grenze fest); Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Sachsen-Altenburg vom 3. V. 1841, Art. 66; Kriminalgesetzbuch für das Königreich Hannover vom 8. VIII. 1840, Art. 83; Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Baden vom 6. III. 1845, § 78; Strafgesetzbuch für die Thüringischen Staaten von 1849, Art. 61.

[25]) Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig vom 10. VII. 1840, § 30; Strafgesetzbuch für das Herzogtum Nassau vom 14. IV. 1849, Art. 35; Oesterreichisches Strafgesetzbuch vom 27. V. 1852, § 46. Andere wenige Gesetze, wie z. B. das bayerische Strafgesetzbuch, vom 6. VII. 1813 kannten Straflosigkeit des Kindes nur bis zum 8. Lebensjahr (Art. 120); das Strafgesetzbuch für das Königreich Württemberg vom 1. III. 1839 hatte das 10. Jahr als Grenze (Art. 95). Daß in diesen Fällen den Grund der Straflosigkeit ausschließlich die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes bildet, kann wohl zugegeben werden.

[26]) S. z. B. Art. 37 des Hessischen Strafgesetzbuches: „Wegen mangelnder Zurechnungsfähigkeit findet keine Bestrafung statt gegen Kinder, welche das 12. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben; sie sind der häuslichen oder Schulzüchtigung zu überlassen, vorbehaltlich der nötigenfalls polizeilich anzuordnenden Besserungsmittel"; § 30 des Braunschweigischen Gesetzes: „Nichtzurechnungsfähige Kinder unter vierzehn Jahren, ohne genügsame Ausbildung gebliebene Taubstumme, sowie diejenigen, welche zur Zeit der Begehung der Tat ohne ihr Verschulden völlig bewußtlos waren, können wegen gesetzwidriger Handlungen nicht bestraft werden."

vermeinte so seine Maßnahme nicht anders begründen und rechtfertigen zu können als damit, daß er Unzurechnungsfähigkeit des Kindes geltend mache. (Vgl. o. S. 25!) [27])

So großen Einfluß auch der code pénal vom Jahre 1810 — wie wir später sehen werden — mit seinem „discernement" auf die Gesetzgebung der meisten deutschen Staaten ausgeübt hat: Darin, überhaupt keine Periode der absoluten Straffreiheit des Kindes festzulegen, hat er, wie vorstehende Ausführungen gezeigt haben, wenig Gefolgschaft in Deutschland gefunden. Lediglich Preußen in seinem Strafgesetzbuch vom 14. April 1851 [28]) und Bayern in seinem Gesetz vom 10. November 1861 machen hierin eine Ausnahme. Doch sehen die zahlreichen Entwürfe zum preußischen Strafgesetzbuch, mit Ausnahme des letzten vom Jahre 1850, sämtlich eine Periode der absoluten Straflosigkeit des Kindes vor; und wenn im folgenden gerade auf die Vorgeschichte jenes preußischen Strafgesetzes des näheren eingegangen wird, so geschieht dies deshalb, weil die Entwürfe zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund, aus denen unser Strafgesetzbuch hervorging, gerade in unserer Frage der Behandlung der Kinder offensichtlich den Niederschlag der bei der Schaffung der Entwürfe zum preußischen Strafgesetzbuch zutage getretenen Anschauungen bilden.

Der erste Entwurf vom Jahre 1827 wollte, dies ist deutlich erkennbar, die Strafbarkeit bezw. Straffreiheit der Altersunreifen ausschließlich durch die Zurechnungsfähigkeitsfrage bedingt sein lassen. § 111 des Entwurfs („des Kriminalgesetzbuches für die preußischen Staaten"), Allgemeiner Teil, bestimmte: „Nur demjenigen kann ein Verbrechen zugerechnet und die Strafe desselben auferlegt werden, der mit Willkür zu handeln und die Unrechtmäßigkeit seiner Handlung einzusehen dabei fähig war"; in § 112 hieß es sodann: „Zurechnungsunfähig sind daher Kinder vor vollendetem zehnten Jahre ihres Alters". Dieses „daher" ist ja auch wohl begründet, da bis zum 10. Lebensjahr von einem Handeln mit Willkür, d. h. von einem durch Verstand, Ueberlegung, Selbstbeherrschung bestimmten Handeln nicht gut gesprochen werden kann. Bei einem noch nicht einmal 10 Jahre

[27]) v Slupecki a. a. O. S. 7 meint kurzerhand, es liege lediglich eine „ungenaue Ausdrucksweise" vor!

[28]) Das „Algemeine Preußische Landrecht" vom Jahre 1794 berücksichtigte das kindliche Alter ebenfalls in durchaus ungenügender Weise. Es stellte die Kinder und Jugendlichen nicht viel günstiger als die C.C.C. Nach Teil II, Titel 20 § 17 können „Unmündige" — d. s. gemäß Teil I, Titel 1 § 25 Personen unter 14 Jahren — und schwachsinnige Personen „zur Verhütung fernerer Vergehungen gezüchtigt, niemals aber nach der Strenge des Gesetzes bestraft werden." Körperliche Züchtigung war damals kriminelle Strafe; überdies faßte die damalige Praxis „züchtigen in sehr weitem Sinne auf und verstand darunter jede Strafe, auch Einsperrung ins Gefängnis oder Zuchthaus, so daß die Unmündigen lediglich vor Todesstrafe und lebenslänglicher Freiheitstrafe verschont wurden. (Vgl. Baumert a. a. O., S. 32 f.)

alten Kinde liegt immer nur ein unüberlegtes, instinktmäßiges, triebhaftes Reagieren auf die äußeren und inneren Anreize zum Handeln vor. Vom 10. bis zum 16. Lebensjahre sollte das jugendliche Alter Strafmilderungsgrund sein und während einer Mittelstufe vom 10. bis zum 12. Lebensjahre sollte nur auf körperliche Züchtigung oder Gefängnisstrafe erkannt werden dürfen. „Man glaubte, einen stufenweisen Uebergang finden zu müssen, weil der Uebergang von der völligen Zurechnungsfähigkeit zur vollen Zurechnungsfähigkeit sich nur allmählich bilde“ [29]) und legte Grade der verminderten Zurechnungsfähigkeit des heranwachsenden Menschen nach Altersstufen fest. Jedenfalls aber dachte man keineswegs daran, die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes über das 10. Lebensjahr hinaus anzunehmen! Als dann der vierte Entwurf — der 2. vom Jahre 1828 und der 3. vom Jahre 1830 hatten, wie der 1. Entwurf, Straflosigkeit des Kindes nur bis zum 10. Lebensjahre (wegen Unzurechnungsfähigkeit) bestimmt —, der „revidierte Entwurf des Strafgesetzes für die preußischen Staaten“ vom Jahre 1833, unbedingte Straffreiheit des Kindes bis zum zwölften Lebensjahr anordnete, da sprach er gar nicht von Zurechnungsfähigkeit bezw. Unzurechnungsfähigkeit, sondern führte in klarer Sprache den Strafunmündigkeitsgedanken aus! § 100 des Entwurfs bestimmte nämlich: „Verbrecher, welche zur Zeit der Tat das 12. Lebensjahr noch nicht zurückgelegt haben, sollen nicht mit Kriminalstrafe belegt werden. Der polizeilichen Obrigkeit bleibt es vielmehr überlassen, zu bestimmen, ob dergleichen junge Verbrecher der Züchtigung ihrer Eltern, Vormünder oder Erzieher überlassen oder ob und welche andere Zucht- und Besserungsmittel gegen sie angewandt werden sollen.“ Dazu führen die Motive aus: „Es liegt die Ansicht zugrunde, daß die einfache Gefängnisstrafe selten Gelegenheit bietet, auf die Besserung solcher junger Verbrecher durch Unterricht, angemessene Beschäftigung und Absonderung von anderen Sträflingen zweckmäßig hinzuwirken, und daß es daher höchst angemessen sei, gegen sie diese Strafe so wenig und so kurz als möglich [30]) anzuwenden“.[31])

Freilich, zu der tieferen Erkenntnis, daß die Kriminalstrafe, auch wenn die mit Recht befürchteten schädlichen Auswirkungen des Strafvollzuges gegen den schulpflichtigen kindlichen Uebeltäter nicht bestünden, jedenfalls wegen ihrer Wirkungslosigkeit gegenüber dem Kinde, solange ihm noch Haus und Schule seine Welt bedeuten, nicht am Platze ist, war man noch nicht gekommen. So ist es denn keineswegs verwunderlich, daß der Strafmündigkeitsgedanke noch nicht festen Fuß faßte und die nächsten

[29]) Goltdammer, Die Materialien zum Strafgesetzbuche für die preußischen Staaten I S. 358.

[30]) Man übersieht die Tatsache, daß auch die kurzzeitige Freiheitsstrafe von Schädlichkeit — ja sogar von besonderer Schädlichkeit — ist.

[31]) Zitiert nach Fuchs a. a. O. S. 8.

Entwürfe von 1836 und 1843 wieder ausschließlich die Zurechnungsfähigkeitsfrage zum Ausgangspunkt für die Behandlung des Kindes machten. Auch im Entwurf vom Jahre 1846 tritt die Zurechnungsfähigkeitsfrage nochmals in den Vordergrund, während jedoch bereits der Entwurf des Jahres 1845 und dann auch der vom Jahre 1847 wiederum wie der 4. Entwurf 1833 davon absehen, der Regelung der Strafbarkeit, bezw. Straflosigkeit des Kindes die Zurechnungsfähigkeitsfrage zugrunde zu legen; ein Zeichen dafür, daß die damalige Zeit sich doch nicht mehr der Einsicht in die Richtigkeit des Strafunmündigkeitsgedankens und die Notwendigkeit seiner Berücksichtigung entschlagen konnte. Besonders deutlich zeigen dies die Verhandlungen des ständigen Ausschusses aus dem Jahre 1848. Hier wurden mehrfach die für die Strafunfähigkeit des noch unreifen schulpflichtigen Kindes maßgebenden Gesichtspunkte in durchaus klarer und richtiger Erkenntnis zur Sprache gebracht und hervorgehoben.[32])

Wenn der letzte Entwurf vom Jahre 1850, der zum Gesetz wurde, trotzdem nicht die Strafunmündigkeit des Kindes berücksichtigte, sondern im Gegenteil überhaupt keine Periode der unbedingten Straflosigkeit der Altersunreifen fixierte, so ist dies zweifelsohne nur auf den starken Einfluß der rheinischen Stände, die die Grundsätze des code pénal angewendet wissen wollten, zurückzuführen und nicht etwa damit zu erklären, daß man den Strafunmündigkeitsgedanken überhaupt nicht hätte anerkennen wollen.

Der durch Gesetz (vom 14. April 1851) geschaffene Rechtszustand wurde denn auch alsbald als verfehlt bedauert und angefochten. Bereits im Jahre 1859 befaßte sich die Justizkommission des Herrenhauses mit dem Vorhaben, „an die Kgl. Staatsregierung den Antrag zu richten: der Bestrafung der jugendlichen Verbrecher in kürzester Zeit eine Gesetzesvorlage zu widmen." Man machte wieder den Strafunmündigkeitsgedanken geltend. Wenigstens sollte der Richter die Befugnis erhalten, statt auf Gefängnis erkennen zu müssen, Unterbringung in eine geeignete Familie oder in eine Besserungsanstalt oder auch Ueberweisung zu entsprechender Züchtigung an den Vater, Vormund, Lehrer, Meister usw. anordnen zu dürfen.[33])

[32]) S. besonders die Worte des Abgeordneten v. Saucken-Tarputschen (Vhdl. des ständigen Ausschusses II S. 394): „Bis zum vierzehnten Lebensjahre geht die Schulpflicht des Kindes, bis dahin muß die elterliche und Schulzucht die einzige strafende Gewalt sein, welche das Kind kennt; es ist nicht gut, wenn in diesem frühen Alter schon das Kind die Polizeibehörde stets im Auge hat, wodurch nur die Autorität der Eltern und Lehrer verlieren kann. Deshalb überlasse man den letzteren bis zum 14. Jahr die Bestrafung der ungesetzlichen Handlung allein. Erst wenn die Schule aufhört und das Kind in die Welt übertritt, darf der Richter entscheiden". (Zitiert nach Fuchs, a. a. O. S. 10/11.)

[33]) S. Goldt. Arch. VII S. 131 ff.: „Zur Revisionsbedürftigkeit des Preußischen Strafgesetzbuches"; ferner a. a. O. S. 274 ff.

Das Land dachte jedoch zunächst an keine Revision. Erst als nach Gründung des norddeutschen Bundes das Bedürfnis nach einer Rechtseinheit mehr und mehr sich geltend machte, konnten jene Bestrebungen Früchte zeitigen. Bereits der erste Entwurf zum Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund aus dem Jahre 1869 sah denn auch, obwohl er im übrigen sich im wesentlichen an das preußische Strafgesetzbuch von 1851 anlehnte, bis zum zwölften Lebensjahre absolute Straflosigkeit des Kindes vor. Die Worte des einschlägigen § 49 zeigen m. E. offenkundig, daß man die — richtig verstandene — Strafunmündigkeit des Kindes festlegen wollte. § 49 bestimmte: „Wer bei Begehung eines Vergehens oder Verbrechens das 12. Jahr noch nicht zurückgelegt hat, kann wegen dieser Handlung strafrechtlich nicht verfolgt werden". Desgleichen bestimmte der Entwurf vom Jahre 1870 in seinem § 53: „Wer bei Begehung einer Handlung das 12. Jahr noch nicht vollendet hat, kann wegen derselben strafrechtlich nicht verfolgt werden". Von der preußischen „Königlichen wissenschaftlichen Deputation" war vorher ein Gutachten eingeholt worden, das darlegen sollte, „ob aus Gründen der medizinischen Wissenschaft und insbesondere der Psychologie es geboten oder rathsam erscheint, bei Zuwiderhandlungen gegen die Strafgesetze bis zu einem bestimmten Lebensalter, das Vermögen jugendlicher Personen, Recht von Unrecht in den einzelnen Fällen zu unterscheiden, als ausgeschlossen anzunehmen." Mir scheint auch gerade die Art dieser Fragestellung ein Beweis dafür zu sein, daß man nicht so sehr daran dachte, möglichst genau die untere Grenze des noch nicht erwachsenen Menschen festzulegen, sondern die Strafunreife dasselben zu berücksichtigen. Freilich hatte die wissenschaftliche Deputation dies nicht klar erkannt, sonst hätte sie nicht ihr — ausführliches — Gutachten [34]) einzig und allein auf die Zurechnungsfähigkeitsfrage aufgebaut. Immerhin scheint sie aber doch wenigsents das richtige Gefühl für das ihr gestellte Problem gehabt zu haben; denn sie faßt ihre Ausführungen zu unserer Frage in den Vorschlag zusammen, „die Strafbarkeit des Menschen mit dem 12. Jahre eintreten zu lassen".

§ 6a.

Fortsetzung: § 55 R.St.G.B.
Schuld- oder nur persönlicher Strafausschließungsgrund?

Den Entwürfen von 1869 und 1870 folgend, bestimmte das Reichsstrafgesetzbuch [35]) in seinem § 55: „Wer bei Begehung der

[34]) Anlage 3 zu den Motiven des Strafgesetz-Entwurfes für den Norddeutschen Bund.

[35]) Das am 13. Mai 1870 für den Norddeutschen Bund vollzogene Strafgesetzbuch wurde mit Gesetz vom 15. Mai 1871 als Strafgesetz für das Deutsche Reich eingeführt .

Handlung das zwölfte Lebensjahr nicht vollendet hat, kann wegen derselben nicht strafrechtlich verfolgt werden".

Es entstand bald lebhafter Streit, ob diese Bestimmung lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund [1]) oder einen Schuldausschließungsgrund enthalte,[2]) d. h. genauer, es wurde bestritten, daß das Gesetz trotz des verschiedenen Wortlautes in den §§ 51—54 einerseits und in § 55 andererseits durch letztere Bestimmung etwas anderes als die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes habe normieren wollen.

So sehr es nun auch richtig ist, daß der Wortlaut einer Gesetzesvorschrift allein nicht für deren Auslegung maßgebend sein kann, so legt doch eine derartige Verschiedenheit der Ausdrucksweise, wie sie in den §§ 51—54 einerseits und § 55 andererseits zutage tritt, die Annahme eine Verschiedenartigkeit der Grundgedanken m. E. so nahe, daß sie nur dann abgelehnt werden könnte, wenn sie entweder widersinnig wäre oder aus der Entstehungsgeschichte des § 55 eindeutig erhellen würde, daß man das Kind bis zum zwölften Lebensjahr für unzurechnungsfähig erklären wollte. Die Ausführungen im vorigen Paragraphen haben aber gezeigt, daß letzteres durchaus nicht der Fall ist, daß keineswegs „die Bedeutung des Wortlauts des § 55 durch einen Hinweis auf seine Entstehungsgeschichte „ganz besonders" erschüttert wird",[3]) sondern daß eine genaue Betrachtung der Vorgeschichte des § 55 vielmehr dazu zwingt, seinem Wortlaut ausschlaggebende Bedeutung zukommen zu lassen. Es geht nicht an, von einer — wenn auch nur „vielleicht" — zufälligen Veränderung des Wortlautes zu sprechen. Es ist durchaus nicht wahrscheinlich, „daß der Gesetzgeber sich kaum dessen bewußt gewesen ist, daß später Theorie und Praxis aus jener Veränderung des Wortlautes so wichtige Folgerungen für die rechtliche Konstruktion der Strafunmündigkeit ziehen würden",[4]) sondern er hat sie offenbar selbst gezogen. Daß die Worte der Motive, „das Gesetz kehre zu der deutsch-rechtlichen Auffassung, der Mensch ermangele bis zu einem gewissen Alter der Zurechnungsfähigkeit überhaupt, zurück",[5]) nicht entgegen dem Wortlaute zu der gegenteiligen Annahme zwingen, man habe das für straffrei erklärte Kind für unbedingt unzurechnungsfähig erachten wollen, wird ohne weiteres klar, wenn man sich vor Augen hält, daß das zum Vorbild dienende preußische Strafgesetzbuch vom Jahre 1851 dem französischen Rechte mit seiner Ablehnung jeglicher Straflosigkeitsperiode Eingang in Deutschland verschafft hatte und Bayern im Jahre 1861 bereits Preußen in diesem

[1]) Strafausschließungsgrund im technischen Sinn = ein Umstand, der eine Bestrafung des Täters unmöglich macht trotz vorhandener Rechtswidrigkeit und Schuld.

[2]) So die allgemein gebräuchliche Bezeichnung der Streitfrage.

[3]) So Grimm a. a. O. S. 13.

[4]) Grimm a. a. O. S. 14.

[5]) S. 73.

Punkte gefolgt war. Die Erkenntnis der Notwendigkeit, es unmöglich zu machen, daß unzweifelhaft unzurechnungsfähige Kinder von etwa 7 oder 8 Jahren vor Gericht zur Verantwortung gezogen werden können, ließ den Gesetzgeber „zu der deutschrechtlichen Auffassung, der Mensch ermangele bis zu einem gewissen Alter der Zurechnungsfähigkeit überhaupt, zurückkehren." Wenn er aber die Vollendung des zwölften Lebensjahres als dieses „gewisse Alter" angesehen hätte oder doch bis zu diesem Alter die Schuldunfähigkeit des Kindes hätte präsumieren wollen, so hätte er doch — m. E. ganz bestimmt — auch den § 55 gleich den §§ 51—54 mit den Worten beginnen lassen: „Eine strafbare Handlung ist nicht vorhanden", um dann etwa fortzufahren: „wegen Unzurechnungsfähigkeit des Täters, falls dieser zur Zeit der Tat das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte".[6])

Wir kommen nach alledem zu dem Ergebnis: § 55 enthält bloß einen persönlichen Strafausschließungsgrund,[7]) es ist durch ihn lediglich die Strafunmündigkeit, die Strafunreife des noch nicht 12jährigen Kindes festgelegt. Die Annahme einer unwiderleglichen Vermutung der Schuldunfähigkeit des Kindes, einer sogen. praesumtio juris et de jure, — genauer wäre es wohl, von einer Fiktion zu sprechen! — ist nicht gerechtfertigt. Es ist nicht bezeugt, daß das Gesetz dem Richter die Möglichkeit nehmen wollte, im Einzelfalle, wenn es sich um die Bestrafung der Teilnehmer an der Tat eines noch nicht 12jährigen Kindes handelt, nach der Schuldfähigkeit des Kindes zu forschen und dieselbe im konkreten Falle etwa als vorhanden anzunehmen. Allerdings kann man der Bestimmung des § 55 wohl die Bedeutung einer einfachen (widerleglichen) gesetzlichen Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit des Kindes beilegen. Eine solche ist auch tatsächlich am Platze, da das Kind bis zu 12 Jahren, man kann wohl sagen, in den meisten Fällen auch wirklich unzurechnungsfähig ist (selbst wenn nur die Verstandesfähigkeit allein entscheidend sein soll).

Die in der Literatur vorherrschende, gerade von der Mehrzahl der angesehensten Gelehrten vertretene Meinung ging aller-

[6]) Vgl. v. Slupecki a. a. O. S. 8.

[7]) Gl. M. u. a.: van Calker, Die strafrechtliche Verantwortlichkeit für auf Befehl begangene Handlungen S. 36; Appelius a. a. O. S. 55; Bünger in Z.St.W. 8 S. 579; Borchert, Strafrechtliche Verantwortung für Handlungen Dritter, insbesondere die Teilnahme S. 24; Grüder, Die strafrechtliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen im geltenden Recht und im Vorentwurf zu einem deutschen Strafgesetzbuch S. 17; Fuchs a. a. O. S. 47/48; Köhler, Lehrbuch S. 329; v. Lilienthal, V.D. 5 S. 106/107; Lukas, Die subjektive Verschuldung im heutigen Strafrecht S. 101, 189; Olshausen, Komm. (8) N. 2 und 5 zu § 55; Oppenhof-Delius, Komm. (14), Vierter Abschnitt N. 3, und N. 8 zu § 48; Rubo, Komm. S. 445 N. 3; Rüdorff-Stenglein, Komm. (4) N. 2 zu § 55; v. Slupecki a. a. O. S. 13; das Reichsgericht, E. 6 S. 186, 6 S. 336, 19 S. 192.

dings dahin, daß § 55 einen Schuldausschließungsgrund statuiere, daß in § 55 eine unwiderlegliche Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit des noch nicht 12jährigen Individuums ausgesprochen sei.[8])

§ 7.

Das geltende Recht: § 2 J.G.G.

Der an die Stelle des § 55 R.St.G.B. getretene § 2 des Jugendgerichtsgesetzes[1]) bestimmt: „Wer eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ehe er vierzehn Jahre alt geworden ist, ist nicht strafbar."

Damit ist die seit vielen Jahren von Aerzten, Pädagogen, in der Jugendfürsorge und Jugendpflege tätigen Männern und Frauen fast einmütig und auch von — insbesondere der I.K.V., Gruppe Deutsches Reich, angehörenden — Juristen vielfach geforderte Hinaufsetzung der Altersgrenze der absoluten Straffreiheit des heranwachsenden Menschen zur Wirklichkeit geworden.

Das J.G.G. hat das vierzehnte Jahr als obere Grenze der Strafunmündigkeit gewählt und damit durchaus das Richtige getroffen. Die radikale Forderung einzelner, die Strafunmündigkeit bis zum vollendeten 18. Lebensjahr festzulegen,[2]) konnte und

[8]) Es seien u. a. genannt: Allfeld, Lehrbuch (8) § 30 I, 1; Beling, Grundzüge (6/7) S. 39; Binding, Grundriß (7) S. 99; Lobe, Leipziger Komm. (2) N. 1 zu § 55; Finger, Lehrbuch I S. 215; Frank, Komm. (8/10) N. 1 zu § 55; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I S. 219; v. Liszt, Lehrbuch (21/22) § 30 I, 1a; Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe S. 71; Wachenfeld, Lehrbuch S. 138 ferner v. Kries in Z.St.W. 5 S. 9 f. v. Kries wendet sich zu Unrecht dagegen, daß demjenigen, der zur Zeit der Begehung der Handlung das 12. Lebensjahr noch nicht vollendet hatte, die Strafprozeßfähigkeit wegen dieser Handlung für alle Zukunft genommen ist Nachdem der Staat bei Handlungen des Kindes nun einmal von vornherein auf seinen Strafanspruch verzichtet, ist auch eine Strafverfolgung, gleichviel zu welcher Zeit, nicht am Platze. — Eine Sonderstellung zu unserer Streitfrage nimmt v. Bar, Gesetz und Schuld II S. 62 ein: Er ist der Ansicht, daß § 55 zwar eine praesumtio juris et de jure für die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes darstelle, daß diese praesumtio juris et de jure „aber nur zugunsten der jugendlichen Person selbst, nicht zum Nachteil oder zum Vorteil anderer Personen wirksam" sein könne. Der Weg, den v. Bar hier geht, um das unbefriedigende Ergebnis jeglichen Ausschlusses der Teilnehmerstrafbarkeit zu vermeiden, erscheint mir ungangbar. Bar hat in dieser Hinsicht auch keine Gefolgschaft gefunden.

[1]) Genauer: § 2 J.G.G. ist an die Stelle des 1. Satzes von § 55 getreten. Satz 2 u. 3 des § 55 sind durch das Jugendwohlfahrtsgesetz überflüssig geworden.

[2]) So Guggemos in Zeitschr. für das Armenwesen 21. Jahrg. S. 207 ff.: Noppel in „Stimmen der Zeit" Bd. 99 S. 239 ff.: Klumker auf dem 5. D.J.G.T. (Vhdl. des 5. D.J.G.T. in D.Z. f.Jfge., Schr. d. A.f.J.u.J. Heft 4 S. 72).

durfte nicht erfüllt werden. Es mag wohl einmal in einer späteren Zeit ohne Schaden, ja wohl sogar zum Nutzen der Gemeinschaft sein, den jungen Menschen etwa bis zum vollendeten 18. Jahre der Strafrechtspflege gänzlich zu entziehen und die Behandlung der jugendlichen Straffälligen zu einem Teile der reinen Fürsorge- und Erziehungspolitik zu machen, jedenfalls zur Zeit noch können staatliche Strafandrohung und Strafe für Jugendliche nicht völlig entbehrt werden.[3])

Das J.G.G. hat aber auch mit Recht es abgelehnt, das 16. Lebensjahr als Grenze der Strafmündigkeit festzulegen. Die dahingehende Forderung[4]) läßt sich weder damit rechtfertigen, daß bis zum 16. Lebensjahr die „Jugendunzurechnungsfähigkeit" (der Mangel geistiger und sittlicher Reife) überwiegend allgemein anzunehmen wäre, noch damit, daß die Berücksichtigung der — richtig verstandenen — Strafunmündigkeit (= Strafunreife des noch schulpflichtigen jugendlichen Individuums!) diese Altersgrenze unbedingt erfordern würde. Letzteres ist keineswegs der Fall. Im Gegenteil, es „sprechen gegen eine Hinaufrückung der Strafunmündigkeitsgrenze über das 14. Jahr hinaus schwerwiegende Gründe sozialen Charakters. Mit dem vollendeten 14. Jahre verläßt das Kind die Volksschule. Aus ihr geht infolge der wenig günstigen Vermögenslage der weitaus größten Anzahl der Familien der ganz überwiegende Teil unserer Jugend hervor, und insbesondere fast ausschließlich unsere kriminelle Jugend. Mit dem Verlassen der Schule tritt der Jugendliche regelmäßig nicht nur aus der Schulzucht heraus, auch die Bande, die ihn an seine Familie fesseln, lockern sich, sein ausschließlicher Aufenthalt in der Familie hört auf. Der Fünfzehnjährige sucht sich als

---

[3]) S. Einleitung S. 3 f. Vgl. Hellwig, J.G.G. S. 27: „Die Bestrebungen, den Jugendlichen ganz allgemein der Strafrechtspflege zu entziehen, haben keinen Erfolg gehabt. Und ich glaube, das ist gut so. Auch wenn man den Gründen, die von den Verteidigern dieses Gedankens vorgebracht werden, keineswegs jede Bedeutung absprechen will, ja wenn man auch die Möglichkeit zugeben will, daß in vielleicht nicht einmal allzu ferner Zukunft möglicherweise dieser Schritt getan werden wird und vielleicht auch ohne Schaden für die Allgemeinheit zum Heile der in der Entwicklung begriffenen Jugendlichen getan werden kann, so ist doch unbestreitbar, daß die heutige Zeit dazu nicht geeignet ist. . . . Es ist . . . gut, daß dieser Gedanke, der mir . . . bei weitem noch nicht spruchreif zu sein scheint, nicht durchgedrungen ist" (S. 28). Diesen Worten Hellwigs ist voll und ganz zuzustimmen.

[4]) Geltend gemacht von: Neter, Die Behandlung der straffälligen Jugendlichen S. 10; Aschaffenburg, Das Verbrechen und seine Bekämpfung S. 269; Klumker in Petersen, Jugendfürsorge S. 136, 137; Hellwig, Der Krieg und die Kriminalität der Jugendlichen S. 177; Többen, Die Jugendverwahrlosung und ihre Bekämpfung S. 220 f. Aus der Zeit nach dem J.G.G. sind zu nennen: Noppel in Z.Bl. 19. Jahrg. S. 200 ff. und v. Düring, ebenda S. 203 ff.; beide fordern „mindestens" das 16. Jahr („besser" das 18.).

Lehrling, Arbeiter seinen eigenen Erwerb, es beginnt für ihn der Kampf um die Existenz. Er fühlt sich als eigener Herr seiner freien Zeit, nützt sie nach eigenem Sinn und Gefallen aus, er verfügt oft unbeschränkt über die — wenn auch geringen — durch seine Arbeit erworbenen Geldmittel, er fängt an, sich politisch zu betätigen, kurz, er ist in sozialer Beziehung mündig geworden..... Ein bedenklicher Widerspruch würde entstehen, wenn der Jugendliche nach vollendetem 14. Lebensjahre, wo er der Schulzucht entwachsen und in sozialer Beziehung mehr oder minder selbständig geworden ist, in strafrechtlicher Beziehung als schlechthin unmündig behandelt werden würde".[5])

Es war eigentlich nie zweifelhaft, daß das J.G.G. die Periode der absoluten Straflosigkeit des Kindes auf das 14. Lebensjahr hinauf ausdehnen werde. Denn es war ja — m. E. unbestreitbar — nichts anders als der — richtig verstandene — Strafunmündigkeitsgedanke, der Gedanke, daß das Kind, solange ihm noch Haus und Schule seine Welt bedeuten, unter allen Umständen vor der Kriminalstrafe bewahrt werden müsse, der bereits den Entwurf 1919 die Erweiterung der Altersgrenze vom 12. auf das 14. Lebensjahr vorsehen ließ.[6]) Und nachdem gerade in den Nachkriegsjahren die allgemeine Pflicht zum Besuche der (Werktags-) Volksschule immer mehr und mehr bis zum vollendeten 14. Lebensjahr ausgedehnt wurde (Hinzufügung eines weiteren 8. Schuljahres), war es so ziemlich als durchaus sicher anzunehmen, daß die ebenfalls das 14. Lebensjahr als Strafmündigkeitsgrenze vorsehenden Jugendgerichtsgesetz-Entwürfe (aus den

[5]) Fuchs a. a. O. S. 127. — Auch die I.K.V. Gruppe Deutsches Reich, die ursprünglich als erstes Reformpostulat auf dem Gebiete des Jugendstrafrechts die Festlegung des Beginns der Strafmündigkeit auf das 16. Lebensjahr verlangt hatte (s. I der sogen. Eisenacher Beschlüsse vom Juli 1891 — in Appelius a. a. O. S. 226), beschränkte sich bald auf das 14. Jahr, weil es „nicht angehe, für diejenigen, welche nunmehr ins Leben hinausträten, als Lehrlinge, Arbeiter, Tagearbeiter usw. noch eine allgemeine Straflosigkeit zu proklamieren." (Appelius a. a. O. S. 43; s. die „Thesen für die 3. Jahresversammlung der I.K.V. Gruppe Deutsches Reich, ebenda S. 223.)

[6]) § 129 in Verbindung mit § 9 Ziff. 1. Es dürfte m. E. nicht zu bestreiten sein, daß der Umstand, daß das noch nicht 14jährige Kind in sehr vielen, ja wohl in den meisten Fällen unzurechnungsfähig ist, für sich allein wohl nie vermocht hätte, die Erweiterung der Strafunmündigkeitsperiode über das 12. Jahr hinaus herbeizuführen. — Es ist bezeichnend, daß die Juristen, die sich gegen eine Hinaufrückung der Straffreiheitsgrenze aussprachen, stets solche gewesen sind, die sich gegen den — richtig verstandenen — Strafunmündigkeitsbegriff ablehnend verhielten. Vgl. z. B. Köhler auf dem 27. D.J.T., Vhdl. IV S. 365, 366; dazu Köhler, Der Vergeltungsgedanke und seine praktische Bedeutung S. 255 ff., bes. S. 257, 258. Die hier geäußerten Bedenken sind sehr wohl beachtlich, können aber m. E. doch wohl nicht die Ablehnung des Strafunmündigkeitsgedankens rechtfertigen.

Jahren 1920 und 1922)[7]) in diesem Punkte wohl ohne weiteres Gesetz werden würden.

M. E. hat der Gesetzgeber völlig Recht, wenn er sich zur Rechtfertigung seines Schrittes, das Alter der Strafunmündigkeit vom 12. auf das 14. Jahr hinaufzusetzen, jedes weitere Wort spart und in der Begründung[8]) lediglich bemerkt: „Kinder, die noch die Schule besuchen, gehören nicht vor den Strafrichter".

Mit diesen wenigen Worten erkennt der Jugendgerichtsgesetzgeber im Gegensatz zu den Verfassern des Entwurfs 1919 m. E. auch ganz offen an, daß die — richtig verstandene — Strafunmündigkeit im Sinne der Strafunreife des noch schulpflichtigen Kindes der Grund der Straflosigkeit des Kindes ist. An und für sich hätte natürlich das J.G.G. ebenso wie der Entwurf 1919 eine Fiktion der Unzurechnungsfähigkeit des noch nicht 14jährigen Kindes aufstellen können. Daß das J.G.G. dies nicht getan hat, hat, wie wir später (in § 11) sehen werden, seinen guten Grund und ist keineswegs etwa unabsichtlich geschehen. Wir werden an jener Stelle nachzuweisen versuchen, daß das J.G.G. bewußt und absichtlich die Schuldfähigkeit des Kindes bei der Regelung des § 2 völlig beiseite gelassen hat und daß die — auffallende — Ersetzung der Formel des Entwurfs 19: „gilt als nicht zurechnungsfähig" durch die Formel: „ist nicht strafbar" deswegen erfolgt ist, um zum Ausdruck zu bringen, daß lediglich ein — persönlicher — Strafausschließungsgrund normiert sein solle.

Leider hat es — allerdings auch nicht ohne Grund, wie wir ebenfalls später sehen werden — der Gesetzgeber offensichtlich vermieden, direkt klar zu sagen, daß er durchaus nicht einen Schuldausschließungsgrund schaffen wollte. Es ist dies insofern bedauerlich, als dem unter diesen Umständen von § 55 R.St.G.B. auf § 2 J.G.G. übertragenen alten Streit, ob Schuld- oder bloß persönlicher Strafausschließungsgrund,[9]) durch die ausdrückliche Strafbarerklärung des Anstifters und Gehilfen, Begünstigers und Hehlers eines Kindes in § 4 J.G.G. keineswegs jede praktische Bedeutung genommen wurde; dazu kommt überdies noch, daß gerade die Bestimmung des § 4 den Streit noch verwickelter und schwieriger gestaltet.[10])

[7]) Der 1. Entwurf eines J.G.G. wurde am 14. II. 1920 dem Reichrat vorgelegt (Reichsrat, Drucksachen der Tagung 1920 Nr 37), ein weiterer Entwurf am 22. X. 1922 dem Reichstag (Reichstag, 1. Wahlperiode 1920/22, Drucksachen Nr. 5171).

[8]) S. 1.

[9]) Ueber den Stand der Meinungen s. später in § 10.

[10]) S. des näheren in § 10.

Dritter Abschnitt.

Die Schuldfähigkeit des Jugendlichen im Deutschen Recht.

(„Relative" Strafmündigkeit und Zurechnungsfähigkeit)

§ 8.

Geschichtliches.

Es ist, genau gesehen, noch gar nicht lange her, daß, wie es uns heute selbstverständlich erscheint, auch die Strafgesetzgebung bei der Berücksichtigung der Altersunreife über das Kindesalter hinausgeht: Erst im 19. Jahrhundert sehen wir den halberwachsenen, jugendlichen Verbrecher nicht einfach dem Erwachsenen gleich behandelt.

Das Gesagte ist allerdings nur dann richtig, wenn man im Sinne der heutigen Begriffe und Anschauungen das Kindesalter bis zum 14. Lebensjahr rechnet und unter dem jugendlichen Alter die Altersperiode der Pubertätsentwicklung versteht. Denn daß die „Jugend", ganz allgemein im Sinne der Altersunreife gesprochen, schon seit alters im deutschen Strafrecht berücksichtigt wurde, haben wir im vorigen Abschnitt gesehen.

Die Territorialgesetzgebung des verflossenen Jahrhunderts ist es, die erstmals das eigentliche Jugendalter, die „Reifezeit" berücksichtigt. Wir finden in jenen Landesgesetzen im Anschluß an die Strafunmündigkeitsperiode eine weitere Altersperiode, während der die Jugend zum Teil bis zum 16., zum Teil bis zum 18., und sogar vereinzelt bis zum 21. Lebensjahr [1]) zum mindesten als gesetzlicher Strafmilderungsgrund behandelt wird.[2])

[1]) So das Kriminalgesetzbuch für das Herzogtum Braunschweig vom 10. VII. 1840 (§ 60.)

[2]) Diese allgemeine gesetzliche Strafmilderung gegenüber den Jugendlichen bedeutet nichts anderes als die, wie wir im dogmatischen Teil, § 4, gesehen haben, durchaus berechtigte Anerkennung einer verminderten Schuldfähigkeit des Jugendlichen. Es würde zu weit führen, auf diesen Punkt im Texte weiter einzugehen. Ein ganz allgemeiner summarischer Ueberblick an dieser Stelle mag genügen: Es ist nicht richtig, wenn hie und da behauptet wird, daß das römische Recht die Jugend-

Häufig tritt aber daneben das Jugendalter noch als sogen. „Periode der relativen Strafmündigkeit“ in Erscheinung: Der Jugendliche erfährt nicht erst bei der Strafverhängung eine andere Behandlung wie der Erwachsene. In der — allgemein gewordenen — Erkenntnis, daß keineswegs jedes dem Kindesalter entwachsene Individuum ohne weiteres als strafrechtlich verantwortlich behandelt werden könne, weil gerade in den Jugendjahren die Zurechnungsfähigkeit des jungen Menschen auch bei nicht anormaler Entwicklung noch sehr häufig fehlt, verlangen einzelne Gesetze, daß in einem Strafverfahren gegen einen Jugendlichen stets die Frage der Zurechnungsfähigkeit besonders geprüft werden muß, ehe Verurteilung erfolgen dürfe.[3]) Bei der von uns vertretenen strengen Auffassung des Strafmündigkeitsbegriffs ist es in diesen Fällen natürlich unmöglich, von einer „relativen Strafmündigkeit“ zu sprechen. Richtiger bezeichnet man hier das Jugendalter als Periode der (relativen, oder besser:) zweifelhaften Zurechnungsfähigkeit.

Wir finden jedoch unter der offensichtlichen Einwirkung des französischen Rechtes in vielen Landesgesetzen, und, in Anlehnung an das preußische Strafgesetzbuch von 1851, auch später in unserem Reichsstrafgesetzbuch nicht lediglich die ausdrückliche Feststellung der Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen für jeden einzelnen Fall gefordert. Dessen Strafbarkeit ist vielmehr von dem Vorhandensein eines — in den einzelnen Gesetzen oft verschieden bezeichneten — geistigen Reifegrades abhängig gemacht, von dem es zumindest äußerst zweifelhaft ist, ob er nur die Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen bedeuten soll, oder ob es sich um einen besonderen, neben der Zurechnungsfähigkeit stehenden Begriff handelt.

---

lichen so wie Erwachsene bestraft und erst das kanonische Recht die Jugend als Milderungsgrund berücksichtigt hätte. (So Baumert a. a. O. S. 17). „Das jugendliche Alter, so weit es nicht die Zurechnungsfähigkeit aufhebt, wirkt strafmildernd.“ (Mommsen, Römisches Strafrecht S. 1042. — Vgl. l. 1 § 37 Dig. 4, 4) Das altgermanische Strafrecht kennt keine Strafmilderung gegenüber dem über 12 Jahre alten Verbrecher. Die Rechtsbücher berücksichtigen die verminderte Schuldfähigkeit des Jugendlichen wenigstens dadurch, daß sie ihn „nicht seinen Leib verwirken“ lassen. Auch die C.C.C. kennt wenigstens Ausschluß der Todesstrafe. Die Gesetze aus der Zeit der Territorialgesetzgebung aber sehen bereits, wie es heute allgemein üblich ist, neben dem Ausschluß der Todesstrafe und lebenslänglicher Freiheitsstrafe eine weitgehende Ermäßigung aller ordentlichen Strafrahmen vor.

[3]) So z. B. das Strafgesetzbuch für das Großherzogtum Oldenburg vom 3. VII. 1858. Dessen Art. 38, § 2 lautete: „Bei Angeschuldigten, welche bei Begehung eines Verbrechens oder Vergehens das 12., aber noch nicht das 16. Lebensjahr vollendet haben, ist besonders zu prüfen, ob dieselben bereits für zurechnungsfähig zu erachten sind . . .“

Wenn es — wie es m. E. zum mindesten für unser Reichsstrafgesetzbuch von 1871 angenommen werden darf (s. u. § 8a!) — richtig ist, daß hier vom Gesetzgeber bewußt und absichtlich nicht auf die Zurechnungsfähigkeit abgestellt wurde, daß der Gesetzgeber vielmehr von dem durchaus richtigen Gedanken ausgehend, am besten auch den Jugendlichen noch möglichst weitgehend vor der Kriminalstrafe bewahren zu sollen, ein über die Zurechnungsfähigkeit hinausgehendes Erfordernis für die Strafbarkeit der jugendlichen Verbrecher aufstellte, so kann in diesen Fällen ja wohl auch von unserem Standpunkt aus von der Anerkennung der „relativen Strafmündigkeit" des Jugendlichen gesprochen werden.

Der französische code pénal, der keine Periode der absoluten Straflosigkeit des noch nicht erwachsenen Menschen kannte,[5]) bestimmte in seinem Art. 66: „Lorsque l'accusé aura moins de seize ans, s'il est décidé qu'il a agi sans discernement, il sera acquitté; .....".[6]) [7]) Die Motive des code pénal sagen nicht, was unter dem „agir sans discernement" zu verstehen sei; sie lassen nicht ersehen, daß man das discernement" etwa in einem besonderen, juristisch-technischen Sinn gebraucht hätte. Das Wort selbst ist äußerst vieldeutig [8]) und es ist nur natürlich, daß seine Auslegung in der verschiedensten Weise erfolgt ist.

---

[5]) so daß selbst Kinder von 8 und noch weniger Jahren bestraft werden konnten und — tatsächlich auch bestraft wurden! (S. Baumert a. a. O. S. 35 Diesen Uebelstand suchte man durch Ministeralverfügungen abzuhelfen! S. die Verfügungen aus dem Jahre 1855 und aus dem Jahre 1876, die darauf aufmerksam machen, „daß es angezeigt wäre, Kinder unter 7 oder 8 Jahren überhaupt nicht strafrechtlich zu verfolgen." — v. Liszt, Die Strafgesetzgebung der Gegenwart I S. 440; vgl. Fuchs a. a. O. S. 73.)

[6]) Es folgen dann die Bestimmungen über die zulässigen Erziehungsmaßregeln (ähnlich wie in Abs. II des § 56 R.St.G.B.) Art. 67 bringt sodann für den Fall, daß der Jugendliche „avec discernement" gehandelt hat, die genaue Regelung der Strafmilderung (ähnlich wie in § 57 R.St.G.B.).

[7]) Im Zusammenhang damit schrieb der code d' instruction criminelle vom Jahre 1808 in Art. 340 vor, daß im Schwurgerichtsverfahren gegen einen Angeklagten unter 16 Jahren (d. h. genauer: gegen einen Angeklagten, der zur Zeit der Handlung noch nicht 16 Jahre alt war) neben der allgemeinen Schuldfrage noch die besondere Frage gestellt werden müsse, ob der Angeklagte mit oder ohne discernement gehandelt habe. — Die gemeinsame Quelle jener Bestimmungen ist der code pénal vom Jahre 1791, der wesentlich prozeßrechtlichen Inhalts ist und von dem partie I, titre V art. 1 lautete: „Lorsqu' un accusé, déclaré coupable par le jury, aura commis le crime pour lequel il est poursuivi, avant l' age de seize ans accomplis, les jurés décideront dans les formes ordinairs de leur libération la question suivante: Le coupable at — il commis le crime avec ou sans discernement?"

[8]) „discernement bedeutet zunächst: „Absonderung, Unterscheidung, Erkenntnis"; weiter aber auch: „Unterscheidungskraft, Unterscheidungsvermögen, auch „Urteilsfähigkeit'.

Nicht wenig trug auch die oben erwähnte Bestimmung des code d'instruction criminelle — mit ihrer auffälligen Gegenüberstellung von „coupable" einerseits und „agir avec ou sans discernement" andererseits — dazu bei, daß über die inhaltliche Bedeutung des discernement in der Wissenschaft bald lebhaftester Streit entstand.

Dadurch, daß das preußische Strafgesetzbuch von 1851 und das Strafprozeßbuch von 1852 jene Bestimmungen des französischen Rechtes einfach in wortgetreuer Uebersetzung übernahm und das Strafgesetzbuch für den norddeutschen Bund (und damit unser Reichsstrafgesetzbuch) wiederum dem preußischen Rechte blindlings folgte, sind dann auch uns in Deutschland die gleichen Zweifel und der gleiche Streit beschert worden.

Der einschlägige Art. 42 des preußischen Strafgesetzbuches lautete: „Wenn ein Angeschuldigter noch nicht das sechzehnte Lebensjahr vollendet hat und festgestellt wird, daß er ohne Unterscheidungsvermögen[8a]) gehandelt hat, so soll er freigesprochen und in dem Urteile bestimmt werden, ob er seiner Familie überwiesen oder in eine Besserungsansalt gebracht werden soll"; § 56 R.St.G.B.: „Ein Angeschuldigter, welcher zu einer Zeit, als er das zwölfte, aber noch nicht das achtzehnte Lebensjahr vollendet hatte, eine strafbare Handlung begangen hat, ist freizusprechen, wenn er bei Begehung derselben die zur Erkenntnis ihrer Strafbarkeit erforderliche Einsicht nicht besaß."

Der Ausdruck „Unterscheidungsvermögen" hatte gegenüber dem „discernement" wenigstens das eine Gute, daß man sich nicht so sehr — wie die französische und belgische[9]) Wissenschaft hinsichtlich des discernement — auch darum stritt, ob das Handeln mit Unterscheidungsvermögen ein bestimmtes (positives) Wissen, eine bestimmte Erkenntnis fordere, oder ob eine bestimmte Erkenntnisfähigkeit verlangt sei.[10])

[8a]) Das hessische Strafgesetzbuch von 1841 stellt auf die „hinlängliche Unterscheidungskraft" ab (Art. 115); das bayerische Strafgesetzbuch von 1861, sowie das badische von 1845 lassen das Vorhandensein bezw. Fehlen „der zur Unterscheidung der Strafbarkeit der Tat erforderlichen Ausbildung" entscheidend sein. (Art. 76 Abs. I — § 79.)

[9]) Auch der belgische code pénal vom Jahre 1867 hatte das „discernement" aufgenommen. (Art. 72 Art. I: „L' accusé ou le prévenu, âgé de moins de seize ans accomplis au moment du fait, sera acquitté, s' il est décidé qu' il a agi sans discernement.")

[10]) Nachdem der Begriff der „Fähigkeit" dem Worte discernement nicht notwendig innewohnt, (s. über die Wortbedeutung o. N. 8) ist dieser Streit der französischen und belgischen Wissenschaft verständlich. - Vertreter der ersten Auffassung sind: Chavau et Helie, Theorie du code pénal, Tome première (sixième édit. Paris 1889) S. 523: „ . . que cet accusé a connu toute la portée de son action, toute la responsabilité, qui devait en résulter pour lui . . ."; Boitard, Leçons sur le code pénal (Paris 1889) S. 216: „La question (a-t-il agi avec dis-

Dem Wortsinne entsprechend wurde von vorneherein fast allgemein angenommen, daß letzteres der Fall sei, daß das Unterscheidungsvermögen eine bestimmte Unterscheidungskraft, Urteilsfähigkeit, und nicht ein positives Wissen bedeute.[11]) Im übrigen aber hat man dem Unterscheidungsvermögen ebenso wie dem discernement die verschiedensten Deutungen gegeben, nachdem sich auch die Motive zum preußischen Gesetze in völliges Schweigen über die inhaltliche Bedeutung des Begriffes gehüllt hatten. Am leichtesten machen sich die Beantwortung der Frage, zu welcher Erkenntnis der Jugendliche nach dem Willen des Gesetzes wohl fähig sein müsse, diejenigen, die kurzerhand das Erfordernis des Unterscheidungsvermögens mit dem der Zurechnungsfähigkeit identifizieren.[12]) Von denjenigen, die — wohl mit Recht — annehmen, daß es sich bei dem Unterscheidungsvermögen um einen von der Zurechnungsfähigkeit unabhängigen, neben der Zurechnungsfähigkeit stehenden Begriff handle, glauben die einen, daß es die allgemeine „zur Erkenntnis der Unerlaubtheit erforderliche Einsicht, die Fähigkeit zwischen gut und böse, recht und unrecht, erlaubt und unerlaubt" sei,[13]) während andere davon sprechen, daß es den „Grad der Verstandesreife"

---

cernement?) a ce sens: cet accusé, mineur de seize ans, qui a agi sentant qu' il faisait mal, comprenait-il bien la portée, l' étendue du mal qu' il faisait, savait-il qu' il s'exposait a une pénalité grave et sérieuse?" — Vertreter der zweiten Auffassung sind: Ortolan, Eléments de droit pénal (cinquieme édit., Paris 1886) Nr. 289 S. 124: „Quant au discernement on ne doit pas perdre de vue, que ce qu' il faut trouver chez l'agent pour être autorisé a le déclarer coupable, ce n' est pas telle ou telle faculté de l'intelligence mais bien la faculté la plus haute, la raison morale, la conception du juste ou de l'injuste . . ."; Garraud, Traité theorique et pratique du droit pénal français (Paris 1898), Tome premiere S. 428: „Par intelligence ou discernement il faut entendre la faculté de discerner l'illégalité au point de vue pénal de l'acte qu' il s' agit d' imputer." — Aehnlich Haus, Principes généraux du droit pénal Belge, Tome premiere (troisieme édit., Bruxelles 1879) S. 504. — S. des näheren bei Fuchs a. a. O. S. 18 ff. und Schmidt a. a. O. S. 7 ff.; auch Ullmann in Ger.S. 31 S. 620 ff.; Binding, Normen II, 1 S. 218. Binding hebt mit Recht den bes. von Schmidt nicht genau beachteten Unterschied hervor, daß nur ein Teil der Schriftsteller der zweiten Gruppe außer der Fähigkeit, Recht und Unrecht unterscheiden zu können, auch die Fähigkeit zur Erkenntnis der gesetzlichen Strafbarkeit verlangt.

[11]) A. M. das preußische Obertribunal in einem Erkenntnis vom 26. X. 1870. Das Obertribunal verlangt hier — abweichend von seiner früheren Ansicht (hierüber s. u. N. 14!) — die Erkenntnis der gesetzlichen Strafbarkeit; offenbar unter dem Einfluß einer mißverständlichen Auffassung der „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" des neuen Gesetzes.

[12]) So u. a. Abegg in Goltd.A. 7 S. 725; Hälschner, System des Preußischen Strafrechts I S. 110.

[13]) So Basedow, Die strafrechtliche Verschuldung, ein Willensvorgang mit dem Bewußtsein der Normwidrigkeit des Handlungserfolges S. 111.

bedeute, „der das Individuum befähigt, seine Verpflichtungen im äußeren Leben zu erkennen“; [14]) wieder andere verstehen es als „die zur Erkenntnis der sittlichen Bedeutung der Handlung nötige Urteilskraft“ [15]) oder gar als „die geistige Fähigkeit, die gesetzliche Strafbarkeit der Handlung einzusehen“.[16])

§ 8a.

Fortsetzung: „Die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht“. (§ 56 R.St.G.B.)

Es wurde im Vorhergehenden absichtlich davon abgesehen, auf das höchst problematische Verhältnis des Unterscheidungsvermögens (und des discernement) zur Zurechnungsfähigkeit näher einzugehen, nachdem das Wort „Unterscheidungsvermögen“ selbst, wie wir gesehen haben, äußerst verschieden ausgelegt und dabei in keiner Weise mit Bestimmtheit gesagt werden konnte, daß diese oder jene Auffassung die des Gesetzgebers gewesen wäre. Ueberdies bestehen die gleichen Zweifel über den Zusammenhang mit der Zurechnungsfähigkeit ebenso wie für das Unterscheidungsvermögen auch für „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ des § 56 R.St.G.B. und so mag es wohl genügen, bei der Erörterung über das Verhältnis des Einsichtsbegriffs zu der Zurechnungsfähigkeit das Unterscheidungsvermögen nachträglich zu berücksichtigen.

Die Redaktoren des Reichsstrafgesetzbuches waren übrigens — vielleicht nicht zu Unrecht — der Meinung, daß sie mit „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht“ lediglich in einer deutlicheren und bestimmteren Weise die Auffassung des preußischen Gesetzgebers zum Ausdruck gebracht hätten. In den Motiven zum Entwurf 1870 heißt es [1]): „Es ist . . . dem „Unterscheidungsvermögen“ die „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht“ substituiert. Diese Aenderung ist jedoch nicht sowohl eine materielle, als sie vielmehr nur bezweckt, einen dem Laien nicht geläufigen, überdies aber mehrfacher Deutung fähigen und in der Praxis auch verschieden ausgelegten Begriff mit einer deutlicheren und bestimmteren Be-

[14]) Diese Auslegung stammt vom preuß. Obertribunal (Erkenntnis vom 6. II. 1858); s. v. Schwarze in Ger.S. 20, S. 437; Oppenhoff, Komm. zum preußischen Strafgesetzbuch N. 2 zu § 42.

[15]) So Wahlberg, Das Prinzip der Individualiserung in der Strafrechtspflege S. 61. (Allerdings spricht Wahlberg nicht ausdrücklich vom Unterscheidungsvermögen des preuß. Gesetzes!)

[16]) So Goltdammer, Materialien I S. 427. Diese Ansicht billigen Fuchs a. a. O. S. 20 (und 21), Schmidt a. a. O. S. 15, S. 17.

[1]) S. 73 — Der Entwurf 1869 hatte den Ausdruck „Unterscheidungsvermögen“ beibehalten. Ebenso das 16. Jahr als obere Grenze. (§§ 50, 51.)

zeichnung zu vertauschen. Man hat hier denjenigen Grad der Verstandesentwicklung im Auge gehabt, welcher nötig ist, um die Strafbarkeit der konkret begangenen Handlung und der sie als eine strafbare charakterisierenden Merkmale zu erkennen; der Täter muß zu erkennen imstande gewesen sein, daß seine Pflicht die Unterlassung jener speziellen Handlung fordere, und er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze."

Ihre Absicht, einen deutlichen und bestimmten Ausdruck zu geben, haben die Verfasser des Reichsstrafgesetzbuches ja in der Tat erreicht.[2]) Leider haben sie sich aber offensichtlich gescheut, einfach direkt zu sagen, daß das Erfordernis „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" kein Merkmal der Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen bilden solle. Die Folge davon war, daß über den Begriff „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" in der Wissenschaft alsbald lebhaftester Streit entstand.

Es handelt sich im entscheidenden Punkte um das gleiche Problem wie zu § 55: Enthält § 56 einen Schuldausschließungsgrund oder nur einen (persönlichen) Strafausschließungsgrund?

Etwas genauer wird das Problem häufig so gekennzeichnet: Bedeutet die Vorschrift des § 56 lediglich ein prozessuales Privileg der Jugendlichen, indem sie nur die ausdrückliche Feststellung der Zurechnungsfähigkeit des noch nicht Achtzehnjährigen für jeden einzelnen Fall anordnet, oder erteilt sie den Jugendlichen ein materielles Privileg darin bestehend, daß für ihre Bestrafung noch ein besonderes, von der Zurechnungsfähigkeit unabhängiges Erfordernis aufgestellt wird?

Am genauesten dürfte es wohl sein, die Frage so zu stellen: Spricht das Gesetz dem Jugendlichen, dem „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" fehlt, die Schuldfähigkeit ab, oder kann letztere trotz des Mangels jener Einsicht bejaht werden?

Diejenigen, die die erste Alternative bejahen, sind weit zahlreicher[3]) als die Bejaher der zweiten.[4]) Auch die eindrucksvolle Tatsache, daß gerade von den bedeutendsten und angesehensten Gelehrten die Mehrzahl zu der ersten Gruppe gehört, soll

[2]) Ueber eine genaue Wortauslegung der einzelnen Merkmale des Einsichtsbegriffs s. bes. Schmidt a. a. O. S. 25 ff.; auch Fuchs a. a. O. S. 21, 22; s. auch oben S. 16. Ernstliche Zweifel können sich m. E. bei der Wortauslegung gar nicht geltend machen.

[3]) Es seien u. a. genannt: Allfeld, Lehrbuch (8) § 30 I, 1; Beling, Grundzüge (6/7) S. 39; Binding, Grundriß S. 99, Normen II, 1 S. 221; Lobe, Leipziger Komm. (2) N. 4 zu § 56; Finger, Lehrbuch I S. 217; Fuchs a. a. O. S. 22, 23 und bes. S. 25 ff; Geyer, Vorlesungen I S. 103; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I S. 222; v. Hippel in Z. St. W. 32 S. 115/116, 129 — 131; v. Liszt, Lehrbuch, § 38 I, 1b; Merkel-Liepmann, Die Lehre von Verbrechen und Strafe S. 72; Schmidt a. a. O. S. 61, 69; v. Slupecki a. a. O. S. 36; Wa-

nicht unbeachtet bleiben. Trotzdem ist m. E. der Gegenmeinung der Vorzug zu geben.

Es mag zunächst auf einen wichtigen, nicht immer genügend beachteten Punkt hingewiesen werden[5]): Allgemein wird anerkannt, daß die Fähigkeit, die Strafbarkeit der Handlung als sicher zu erkennen, nicht Merkmal der Zurechnungsfähigkeit sein kann. (Die gegenteilige Annahme würde zu unerträglichen Ergebnissen auf dem Gebiete des Rechtsirrtums führen!) Aber nur ein — kleinerer — Teil derjenigen, die für § 56 ein materielles Privileg der Jugendlichen verneinen, geht den dogmatisch wohl gangbaren, aber m. E. in Ansehung des Gesetzes unzulässigen (s. weiter u.!) Weg der berichtigenden Auslegung des § 56 und nimmt an, der Gesetzgeber habe mit der „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" nichts anderes als die für den allgemeinen Zurechnungsfähigkeitsbegriff maßgebende intellektuelle Fähigkeit bezeichnen[6]) (sei es nun die Fähigkeit zur Erkenntnis der Normwidrigkeit oder der Strafwürdigkeit usw.) oder überhaupt allgemein die Bedingung bestehender Zurechnungsfähigkeit hervorheben wollen.[7])

---

chenfeld, Lehrbuch S. 138; das Reichsgericht in E. 47 S. 185 (entgegen seiner sonstigen Auffassung! S. u. N. 4! — Die Entscheidungen 27 S. 392, 29 S. 98 und 33 S. 298 können nicht, wie es vielfach geschieht, hieher gerechnet werden. Mit Recht hebt Olshausen, Komm. (8) zu § 56 N. 8 a. E. (S. 250) hervor, daß diese Entscheidungen prozessuale Fragen betrafen. Frank, Komm. (17) S. 158 mag damit recht haben, daß das R.G. in jenen Entscheidungen der Auffassung des Einsichtserfordernisses als Schuldausschließungsgrund „stark zuneigte".)

[4]) Hieher gehören: Appelius, a. a. O. S. 7; Gretener, Die Zurechnungsfähigkeit als Gesetzgebungsfrage S. 151; (Gretener wird von Schmidt a. a. O. S. 61 N. 3 und von Grimm a. a. O. S. 39 unter Berufung auf Seite 100, 128, 149 m. E. zu Unrecht zu den Gegnern gezählt); Köhler, Lehrbuch S. 335, 336; v. Lilienthal in V.D. Allg. Teil 5 S. 113; Olshausen, Komm. (8) N. 8 zu § 56; Oppenhoff-Delius, Komm. (14) N. 3 zu § 56 und N. 8 zu § 48 (in N. 3 zu § 56 etwas unklar); das Reichsgericht in R. 4 S. 700, E. 31 S. 161, E. 53 S. 153.

[5]) Soviel ich sehe, hebt ihn nur Binding, Normen II, 1 S. 222 N. 21 scharf hervor. Er unterscheidet diejenigen, die „mit der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht Ernst machen", und diejenigen, die dies nicht tun.

[6]) S. Geyer, Hälschner, v. Hippel, Merkel-Liepmann, an den auf der vorhergehenden S. in N. 3 zitierten Stellen. Auch Schmidt gehört hieher. Schmidt nimmt an, daß die vom Gesetz geforderte Einsicht nur „denjenigen Grad der Entwicklung des Täters bezeichnet, welcher demselben die Fähigkeit verleiht, einzusehen, daß seine Handlung eine vom geltenden Rechte sicher oder möglicherweise verbotene und mit Kriminalstrafe bedrohte ist." (A. a. O. S. 34.) Durch Aufstellung jener Alternative reiht sich Schmidt m. E. zu denjenigen, die das Erfordernis der Fähigkeit zur Einsicht in das Unrechtmäßige (in die Rechtswidrigkeit) der Tat aufstellen.

[7]) So Binding a. a. O. S. 220; Finger a. a. O. S. 216.

Der andere Teil faßt „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" keineswegs einschränkend auf, nimmt aber trotzdem beim Fehlen dieser Einsicht Schuldunfähigkeit des Jugendlichen an. Nicht zu vergessen: Obwohl auch er mit der allgemeinen Meinung — s. o.! — anerkennt, daß die Fähigkeit zur sicheren Erkenntnis der Strafbarkeit der Handlung nicht allgemeines Erfordernis der Zurechnungsfähigkeit sein kann. Sonach bedeutet diese Ansicht auch hier zu § 56 nichts anderes als wie zu § 55, nämlich Annahme einer gesetzlichen (unwiderleglichen) Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit (genauer: einer Fiktion der Unzurechnungsfähigkeit).

Zu alledem soll folgendes gesagt sein: Der Ansicht der Gegner, daß die Unzurechnungsfähigkeit des § 51 nicht als die Unzurechnungsfähigkeit „κατ' ἐξοχήν" angesehen werden dürfe, daß es vielmehr wohl auch der Wille des Gesetzes sei, die Altersunreife als Grund fehlender Zurechnungsfähigkeit anzuerkennen, muß zugestimmt werden. Es muß, nachdem im Gesetze nirgends bezeugt ist, daß es einen — dogmatisch unhaltbaren — Unterschied zwischen einem Geisteskranken, der zufolge seines pathologischen Defektes, und einem Jugendlichen, der zufolge seiner unentwickelten Geisteskraft die Bedeutung seiner Handlung nicht zu fassen vermag, aus den §§ 51 und 56 der allgemeine Grundgedanke entnommen werden: Der Mangel einer gewissen Einsichtsfähigkeit macht schuldunfähig ohne Rücksicht auf seine Ursache; pathologisch gestörter Intellekt einerseits und unentwickelter Intellekt anderseits begründen Arten einer allgemeinen Unzurechnungsfähigkeit.[8])

Aber nicht zugegeben werden kann, daß die eine Art, die Jugendunzurechnungsfähigkeit, bereits beim Mangel der Fähigkeit zur Erkenntnis der gesetzlichen Strafbarkeit angenommen

---

[8]) Vgl. Daniel in Ger.S. 78, S. 22, 223. — v. Hippel a. a. O. S. 115 sagt m. E. mit vollem Recht: „Man mag darüber streiten, ob die bei Jugendlichen . . . vom Gesetz verlangte Einsicht allgemeines Merkmal der Zurechnungsfähigkeit ist oder ob hier etwa ein größeres Maß von Verstandsreife verlangt wird als bei Erwachsenen. Daß aber bei jedem Menschen und unter allen Umständen zur Zurechnungsfähigkeit diejenige Verstandsreife gehört, welche einen Schuldvorwurf ermöglicht, auch wenn nicht Bewußtlosigkeit oder krankhafte Störung der Geistestätigkeit vorliegen, das sollte nicht bestritten werden." — Soviel ich sehe, wird dies auch allgemein nicht bestritten. Wenn v. Hippel a. a. O. N. 68 dagegen Olshausen als „typisches Beispiel" anführt, so tut er Olshausen m. E. unrecht. An der zitierten Stelle (muß wohl § 51 — statt § 57 — heißen!) sagt doch letzterer: „Nach der Entstehungsgeschichte ist anzunehmen, daß der Gesetzgeber durch die Fassung des § 51, abgesehen von den Fällen der §§ 55 ff., sämtliche Geisteszustände des Täters, die seine freie Willensbestimmung — und damit die Zurechnungsfähigkeit — auszuschließen vermögen, habe treffen . . . wollen." (Komm. (8) N. 10 zu § 51.)

werden dürfe, während sonst der Mangel dieser Einsichtsfähigkeit noch nicht zur Annahme der Unzurechnungsfähigkeit genügen solle. Gewiß könnte ein Gesetzgeber bestimmen: Das jugendliche Individuum ist mir nicht schuldfähig, wenn es nicht die Strafbarkeit seiner Tat einzusehen vermag, beim Erwachsenen aber will ich Schuldfähigkeit erst dann annehmen, wenn er nicht imstande ist, einzusehen, daß er irgendwie gegen die Rechtsordnung (möglicherweise) sich vergeht.[9]) Aber solange ein Gesetz nicht unzweifelhaft eindeutig zum Ausdruck bringt, daß es eine derartige, dogmatisch in keiner Weise zu rechtfertigende Zweiteilung des Zurechnungsfähigkeitsbegriffes[10]) haben wolle, ist es m. E. unmöglich, eine dahingehende Absicht des Gesetzgebers anzunehmen. Zum mindesten aber jedenfalls dann nicht, wenn, wie es bei unserem Reichsstrafgesetzbuch der Fall ist, der Wortlaut der einschägigen Bestimmungen sogar gegen eine solche Annahme spricht.

Während § 51 erklärt, daß im Falle des Fehlens der „freien Willensbestimmung" infolge krankhafter Geistes- oder erheblicher Bewußtseinsstörung „eine strafbare Handlung nicht vorhanden" ist, sagt § 56 nur, daß der Jugendliche, dem die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht fehlt, „freizusprechen" ist. Durch diese verschiedenartige Fassung der beiden Bestimmungen zeigt der Gesetzgeber m. E. deutlich, daß den Bestimmungen auch eine Verschiedenartigkeit der Grundgedanken zugrunde liegt.[11])

Die Worte: „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" berichtigend auszulegen, wurde oben (S. 52) als unzulässig bezeichnet. M. E. kann nämlich eine genaue Wortauslegung angesichts der eindeutigen Worte der Motive, „der Täter muß zu erkennen imstande gewesen sein, daß seine Pflicht die Unterlassung jener speziellen Handlung fordere, und er durch Begehung der letzteren sich einer Kriminalstrafe aussetze", unmöglich umgangen werden.[12])

Die vereinzelt, insbesondere von Binding und Finger vertretene Auffassung (s. o. N. 7!), daß § 56 eine Hervorhebung

[9]) Oder gar erst dann, wenn er nicht einmal die natürliche Tragweite seiner Handlung zu erkennen vermag. (Letztere Fähigkeit lassen ja manche genügen. S. den dogmatischen Teil § 2!

[10]) Sehr richtig sagt die Begründung zum Vorentwurf 1909 S. 258: „Die subjektive Fähigkeit, ein Delikt zu begehen, gehört zum Begriffe der Zurechnungsfähigkeit, die bei jugendlichen Verbrechern von keiner anderen Art ist als bei Erwachsenen."

[11]) Vgl. Grüder, Die strafrechtliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen im geltenden Recht und im Vorentwurf S. 27.

[12]) Vgl. Olshausen, Komm. (8) S. 150 N. 4 zu § 56: Der Gesetzgeber verlangt einmal die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht und an der Bedeutung dieser Worte ist um so weniger zu rütteln, als die Motive noch ausdrücklich sagen, der Täter müsse imstande gewesen sein, zu erkennen, daß er sich durch Begehung der Handlung „einer Kriminalstrafe aussetze."

der Bedingung bestehender Zurechnungsfähigkeit überhaupt bedeute, daß der Gesetzgeber durch die Vorschrift des § 56 nicht nur eine Schuldunfähigkeit des Jugendlichen auf Grund fehlender Verstandesreife anerkennen, sondern auch die bei Jugendlichen infolge der Altersunreife häufig fehlende Widerstandskraft gegenüber den Antrieben zum Verbrechen berücksichtigen habe wollen, ist m. E. ganz zu Recht allgemein abgelehnt worden. Eine derart weit über den Wortlaut hinausgehende Auslegung des Gesetzes müßte denn doch irgendwie in den Motiven eine einigermaßen begründete Rechtfertigung finden können, was nicht der Fall ist. Es ist dies auch leicht verständlich. Die damalige Zeit dachte psychologisch noch nicht so tief, daß es ihr in den Sinn gekommen wäre, einen Ausschluß der „freien Willensbestimmung" auch bei einem geistig genügend entwickelten, nicht pathologischen Jugendlichen anzuerkennen.

Wir gelangen nach allem zu dem Ergebnis: Das Erfordernis „der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht" bedeutet einen persönlichen Strafausschließungsgrund. Der Jugendliche, dem jene Einsicht fehlte, kann gleichwohl seine Tat schuldhaft begangen haben; denn er kann, wenn auch sein Verstand noch nicht genug entwickelt gewesen sein mag, ihn erkennen zu lassen, daß er sich strafbar mache („einer Kriminalstrafe aussetze" — Motive!), doch wohl schon die geistige Reife besessen haben, die erforderlich ist, um wenigstens die Handlung als (möglicherweise [12a]) rechtswidrige zu erkennen.[13]) Wenn also das Gesetz verlangt, daß bei einem Jugendlichen stets nach dem Vorhandensein der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht geforscht und der Jugendliche bei deren Mangel freigesprochen werden muß, so bedeutet dies eine materielle Besserstellung der Jugendlichen gegenüber den Erwachsenen.

Sicherlich hat die Tatsache, daß die Rechtfertigung dieser Annahme, § 56 R.St.G.B. gewähre den Jugendlichen ein materielles Privileg, nicht so ohne weiteres auf der Hand liegt und einige Schwierigkeiten bereitet, am meisten dazu beigetragen, daß man so zahlreich die Existenz eines solchen Privilegs leugnete und § 56 lediglich als eine Vorschrift über die Zurechnungsfähigkeit der Jugendlichen (prozessuales Privileg) erklärte.

Warum aber wurde auf der anderen Seite gar nie der ernstliche Versuch gemacht, einen Rechtfertigungsgrund für eine mate-

[12a]) S. o. S. 22 f.

[13]) Die genaue Feststellung kann im einzelnen Falle unter Umständen äußerst schwierig sein. Wer zur Zurechnungsfähigkeit die Fähigkeit, die Handlung in ihrer tatsächlichen Bedeutung richtig würdigen zu können, genügen läßt, wird Schuldfähigkeit des Jugendlichen, dem die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht fehlte, natürlich häufiger annehmen können als derjenige, der wenigstens die Fähigkeit zur Einsicht in die Unrechtmäßigkeit der Tat verlangt.

rielle Privilegierung der Jugendlichen anzugeben, von dem auch der Gesetzgeber sehr wohl ausgegangen sein kann? Die Verteidiger der Ansicht, daß die in § 56 geforderte Einsicht eine materielle Besserstellung der Jugendlichen bedeute, hätten es m. E. nicht nötig gehabt, diese lediglich als eine Tatsache zu erklären, die, wie das Gesetz nun einmal sei, eben hingenommen werden müsse.[14]) M. E. hat Zucker, Schuld und Strafe der jugendlichen Verbrecher S. 68, völlig recht, wenn er auch eine Privilegierungsabsicht des Gesetzgebers annimmt. Zucker sagt a. a. O.: „Wir vermögen uns diese Erscheinung nur so zu erklären, daß Bedenken gegen die Strafverhängung und gegn den Strafvollzug bezüglich der jugendlichen Personen sich geltend machten, daß man aber aus übel angebrachter Rücksicht auf die Einheitlichkeit der Strafe, diesen Bedenken dadurch Rechnung tragen zu können vermeinte, daß man die strafrechtliche Zurechnungsfähigkeit der jugendlichen Personen nach anderen Grundsätzen beurteilen zu sollen glaubte, als jene der Erwachsenen".

Wir haben im vorigen Abschnitt (§§ 6 und 6a) gesehen, daß tatsächlich bereits im vorigen Jahrhundert der Gedanke der Unzweckmäßigkeit und Schädlichkeit der Kriminalstrafe gegenüber Altersunreifen sich sehr stark geltend gemacht hatte und dem Gesetzgeber unsere Reichsstrafgesetzbuches schon bei der Regelung der Strafbarkeit der kindlichen Uebeltäter Veranlassung gab, von der Durchführung des absoluten Vergeltungsgedankens abzusehen. Die Zuckersche Erklärung für das in § 56 aufgestellte Privileg der Jugendlichen ist sonach m. E. nicht von der Hand zu weisen. Ich glaube aber, daß man noch weiter gehen muß. Es scheint die Annahme geboten, daß der Gesetzgeber in dem Bestreben, auch den jugendlichen Uebeltäter möglichst weitgehend der Kriminalstrafe zu entziehen, nicht nur bewußt und absichtlich ein über die allgemeinen Voraussetzungen der Zurechnungsfähigkeit hinausgehendes Erfordernis für dessen Strafbarkeit aufstellen wollte, sondern dieses Erfordernis auch gar nicht als ein Merkmal einer gewissermaßen „gesteigerten" Zurechnungsfähigkeit aufgefaßt wissen wollte. Denn eine Zweiteilung des Zurechnungsfähigkeitsbegriffs, sei es nun in dem Sinne, daß wohl beidemal die Unzurechnungsfähigkeit — sowohl die nach § 51 wie die nach § 56 — eine strafbare Handlung gar nicht entstehen ließe,[15]) oder auch in dem Sinne, daß die Unzurechnungsfähigkeit das eine Mal

---

[14]) S. z. B. Olshausen, Komm. (8) S. 248 N. 4 zu § 56 „. . . man muß . . . anerkennen, daß das Gesetz — unter Aufstellung eines materiellen Privilegiums gegen die Absicht seiner Redaktoren in der Tat mehr verlangt, mag dies auch nur dadurch zu erklären sein, daß der Gesetzgeber, ohne „Norm" und „Strafgesetz" zu unterscheiden, die Zurechnungsfähigkeit fälschlich auf das „strafrechtliche Verbot der Handlung" statt auf die Norm bezieht."

[15]) S. S. 53!

das Vorliegen einer strafbaren Handlung ausschlösse, das andere Mal aber nicht,[16]) kann m. E. nicht im Willen des Gesetzes liegen.

Bei dem „discernement" des code pénal und bei dem Unterscheidungsvermögen des preußischen Strafgesetzbuches besteht wenigstens die Möglichkeit, diese Ausdrücke im Sinne der für die Zurechnungsfähigkeit unbedingt zu fordernden Verstandesreife aufzufassen. So mag es dahingestellt bleiben, ob jene Gesetze, die ja nicht einmal eine absolute Straflosigkeit des Kindes anerkannten, lediglich eine Vorschrift über die Zurechnungsfähigkeit der Altersunreifen geben wollten. Für das Reichsstrafgesetzbuch von 1871 aber muß eine dahingehende Annahme von vorneherein abgelehnt werden, nachdem es in seiner Weise zulässig erscheint, „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" mit der Zurechnungsfähigkeit in Verbindung zu bringen.[17])

§ 9.

Die Reformbestrebungen und die Gesetzentwürfe 1909—1919.

Bereits in den 80er Jahren des vorigen Jahrhunderts begann sich der Widerspruch gegen das Jugendrecht des Reichsstrafgesetzbuches zu regen. Die in verhältnismäßig kurzer Zeit lebhaft einsetzende Reformbewegung erstrebte als Hauptziel neben der Erweiterung der Strafunmündigkeitsperiode auch eine Verbesserung des für die Jugendlichen bis zu 18 Jahren maßgebenden Rechts. Man rügte fast allgemein die Unzulänglichkeit der in den §§ 56, 57 getroffenen Regelung.

---

[16]) Einen derartigen Gedankengang geht das Reichsgericht in E. 5 S. 394 (395). Vgl. auch E. 27 S. 393, wo davon die Rede ist, daß dem Jugendlichen, dem die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht fehlt, die „volle" Deliktsfähigkeit abgesprochen werden müsse. Von dieser Entscheidung ist allerdings bestritten, ob in ihr das R.G. nicht die Auffassung, § 56 enthalte einen Schuldausschließungsgrund wie § 51, zum Ausdruck gebracht habe. S. o. S. 52 in N. 3! — Auch Köhler, Lehrbuch S. 335 ist wohl hieher zu rechnen.

[17]) Dies scheint auch Anschauung des Reichsgerichts zu sein in E. 31 S. 161. Dort heißt es: „Jenes Erfordernis der Einsicht in die Strafbarkeit der Handlung ist nicht ein gesetzliches Merkmal der in Frage kommenden strafbaren Handlung, sondern ein für die Bestrafung des Täters notwendiger Umstand, der, wenn er nicht vorliegt, keineswegs die objektiv strafbare Handlung beseitigt, sondern nur die Bestrafung des Jugendlichen ausschließt." — Fuchs a. a. O. S. 27 meint, daß der Gesetzgeber „sich über die Bedeutung der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht in ihrem Verhältnis zur Zurechnungsfähigkeit nicht klar gewesen sei." Dieser Vorwurf mag gegenüber den Gesetzgebern des preußischen Strafgesetzbuches und des code pénal hinsichtlich des Unterscheidungsvermögens und des discernement gerechtfertigt sein, gegenüber dem Reichsstrafgesetzgeber ist er wohl unbegründet.

Mit Recht! Ganz abgesehen davon, daß das vom Gesetzgeber wohl in bester Absicht gegebene Privileg der Jugendlichen in der Praxis — aus leicht begreiflichen Gründen [1]) — gar nicht als solches sich auswirkte, ließ schon die immer mehr und mehr allgemein gewordene Erkenntnis, daß zur Zurechnungsfähigkeit auch eine bestimmte Willensreife, ein gewisses Charakterminimum, „sittliche Reife", gehöre, die Regelung der Strafbarkeit der Jugendlichen als eine ungenügende erscheinen.[2])

Die Angriffe seitens der Reformbewegung gegen die Vorschrift des § 56 R.St.G.B. richteten sich jedoch, genau gesehen, gar nicht gegen ihre Unzulänglichkeit hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeitsfrage. Letztere tritt bei den Reformbestrebungen überhaupt völlig in den Hintergrund. In Weiterverfolgung des durchaus richtigen und nach der im vorigen Paragraphen vertretenen Auffassung bereits vom Gesetzgeber des Reichsstrafgesetzbuches beachteten Gedankens, daß Jugendlichen gegenüber die Kriminalstrafe, besonders aber die Freiheitsstrafe, am besten möglichst zu vermeiden sei, fordert man nämlich ein fast unbedingtes Zurücktreten des Gedankens der Vergeltung hinter den

[1]) Bei den normal entwickelten Jugendlichen wurde „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" fast stets bejaht. Es kann dies auch gar nicht wundernehmen. Die eingehenden psychologischen Untersuchungen, de eine ernstliche Prüfung der Einsichtsfrage erfordert hätte, konnten von den Richtern, die doch ganz überwiegend nur auf die Psyche des erwachsenen Verbrechers eingestellt waren, noch dazu in dem üblichen — ganz auf einen erwachsenen Angeklagten zugeschnittenen — Verfahren, gar nicht angestellt werden.

[2]) v. Liszt war es, der als erster energisch immer und immer wieder die Forderung erhob, bei der Prüfung der Zurechnungsfähigkeit der jugendlichen Uebeltäter nicht nur nach dem Vorhandensein der „geistigen Reife" zu forschen, sondern auch nach der „sittlichen Reife". So machte er z. B. bereits in seinen „Kriminalpolitischen Aufgaben" folgende charakteristische Ausführungen: „. . . Diese Prüfung muß sich auf den ganzen Menschen erstrecken; nicht nur auf seine geistige, sondern auch, und zwar in erster Linie, auf seine sittliche Reife . . . Das, was unser Handeln bestimmt und zugleich den Wertmesser für dasselbe abgibt, ist nicht die Einsicht in die Strafbarkeit, nicht die Unterscheidung von Gut und Bös, sondern die Klarheit, Sicherheit und Kraft, mit welcher die allgemeinen Vorstellungen von Recht, Religion, Sittlichkeit unser gesamtes Handeln beeinflussen. Aus der Herrschaft der regulativen Maximen ergibt sich die sog. sittliche Freiheit als Grundlage der Zurechnungsfähigkeit im Sinne der herrschenden Lehre. Nicht das Kennen, sondern das Können, nicht der Inhalt der Vorstellungen, sondern ihre ethisch gemütliche Betonung ist maßgebend . . . Die sittliche Widerstandskraft, das Wort in jedem Sinne genommen, ist das Entscheidende." (Z.St.W. 12 S. 170 ff.) — Als Begründer dieser Zurechnungsfähigkeitslehre ist der Wiener Professor Wahlberg zu betrachten. Wahlberg erhob bereits 1869 in seiner Schrift: „Das Prinzip der Individualisierung in der Strafrechtspflege" als Grundlage der strafrechtlichen Zurechnungsfähigkeit auch die Reife des individuellen Charakters hervor. (S. 61.)

der Erziehung. Man geht so weit, den Erziehungsgedanken zum Prinzip für die strafrechtliche Behandlung der Jugendlichen zu erheben und erklärt, von der Verhängung einer Strafe solle in weitestgehendem Maße abgesehen werden, wenn und solange eine Besserung des Jugendlichen durch Erziehung noch möglich sei.

v. Lilienthal kennzeichnet Grund und Ziel der Reformbewegung, genau gesehen, nicht richtig, wenn er behauptet: „Die moderne Fragestellung lautet nicht mehr: Wann ist der Jugendliche straffähig?, sondern: Wie lange bleibt er erziehungsfähig? Der wesentliche Unterschied liegt darin, daß von diesem Standpunkt aus bis zum Alter völliger Straffähigkeit die Erziehung die Regel, die Strafe die möglichst seltene Ausnahme bilden soll, während bei der früheren Fragestellung die Sache anders lag: Die Strafe bildete die Regel, die Erziehung die nicht oft zugelassene Ausnahme".[3]) Die Regelung der §§ 56, 57 R.St.G. B. wird nicht so sehr deshalb angefochten, weil nach ihnen die Strafe die Regel ist, sondern mehr deshalb, weil die Strafe auch gefordert wird in den Fällen, in denen sie jedenfalls zwecklos, wenn nicht sogar schädlich ist. Mit vollem Recht wird betont, daß auch vom Gesichtspunkt der Strafreife, der Strafmündigkeit des Jugendlichen aus das einseitige Abstellen auf die Verstandesreife durchaus verfehlt sei. Man müsse bei der Strafbarkeit des Jugendlichen von dessen Gesamtentwicklung ausgehen, da trotz vorhandener Verstandesreife gerade in den Fällen des Mangels genügender sittlicher Entwicklung Strafe nicht am Platze sei, weil sie auf die sittlich Unreifen keinerlei bessernde Wirkung auszuüben vermag.

Aus diesen Gedankengängen heraus wurde mehrfach vorgeschlagen, „die zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" durch ein auch das Erfordernis der sittlichen Reife berücksichtigendes Kriterium der Strafbarkeit der Jugendlichen zu ersetzen. So war z. B. der auch mit der Frage der Reformbedürftigkeit des Jugendrechts im Reichsstrafgesetzbuch sich eingehend beschäftigte 27. Deutsche Juristentag zu Innsbruck 1904 zur Aufstellung folgender These gelangt: „Das Kriterium der zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderlichen Einsicht ist zu beseitigen und durch eine Fassung, welche die sittliche Reife der Persönlichkeit betont, zu ersetzen".[4])

Auch in den zahlreichen Vorschlägen, das Einsichtserfordernis ersatzlos wegfallen zu lassen und dem Richter freie Wahl

---

[3]) V.D. Allg. Teil 5 S. 116.

[4]) Vhdl. d. 27. D.J.T. IV S. 393. Diese These war von Klein (Gutachten über die strafrechtliche Behandlung der jugendlichen Personen — Vhdl. d. 27 D.J.T. I S. 97 ff. — S. 133 —) vorgeschlagen worden.

zwischen Strafe und Erziehung einzuräumen,[5]) liegt nicht etwa der Gedanke und die Absicht zugrunde, die Strafe womöglich zu einer ganz seltenen Ausnahme werden zu lassen. Man hat auch hier zunächst in erster Linie das Ziel vor Augen, daß die zwecklosen und schädlichen Strafen gegen den noch (sittlich) unreifen Jugendlichen in Zukunft in Wegfall kommen. Deutlich tritt dies in den Ausführungen von Appelius, dem hervorragenden Vorkämpfer einer Jugendstrafrechtsreform aus den Reihen der I.K.V., in seinem Bericht über „die Behandlung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster Kinder" hervor. Er sagt u. a. S. 19 dieses Werkes, das er im Auftrage der von der I.K.V., Gruppe Deutsches Reich, auf ihrer 2. Landesversammlung in Halle 1891 gewählten Kommission für die Behandlung der Fragen einer Jugendstrafrechtsreform verfaßte: „Die ungleiche Beanlagung, die ungleiche Erziehung, die ungleichen Lebensverhältnisse bringen es mit sich, daß ein Zeitraum von Jahren angenommen werden muß, in dessen Beginn frühestens bei dem einen die Strafmündigkeit vorhanden ist und in dessen Ende sie endlich bei allen eingetreten ist. In diesem Zeitraum muß der Richter bei strafbaren Handlungen noch in jedem einzelnen Fall prüfen, ob die sittliche Reife des Täters vorhanden ist, so daß er gestraft werden kann.[6]) Für alle jugendlichen Delinquenten, welche von Natur oder infolge mangelhafter Erziehung noch nicht soweit entwickelt sind, daß sie für straffrei erkannt werden können, bleibt als natürliche Folge nur die Vollendung der Erziehung in sorgfältiger Weise, jedoch nach Lage der Verhältnisse unter staatlicher Aufsicht, oder sogar durch Organe des Staates. Denn wenn auch für diese sittlich Unreifen die staatliche Strafe nicht am Platze ist,[6]) so kann doch der Staat nicht untätig zusehen, daß dieselben Verbrechen begehen und wieder begehen".

Nun kommt allerdings wohl bereits in den Appeliusschen Ausführungen und noch mehr bei den späteren Befürwortern der freien Wahl zwischen Strafe und Erziehung der Gedanke zum Ausdruck, daß es häufiger zur Anwendung von Erziehungsmaßregeln als zur Verhängung einer Strafe kommen solle. Dies aber auch nicht zu Unrecht. In den überwiegenden Fällen der Straffälligkeit der Jugendlichen ist mangelnde (richtige) Erziehung die Ursache der Verfehlung. In diesen Fällen liegt immer eine „sittliche Unreife" vor; freilich zumeist — d. h. von den Fällen

[5]) So z. B. Appelius a. a. O. S. 90, S 202 (§ 4 seines „Entwurfs eines Reichsgesetzes betr. die Behandlung u. Bestrafung jugendlicher Verbrecher und verwahrloster jugendlicher Personen); v. Liszt in Z.St.W. 12 S. 169 f. und Gutachten für den 26. D.J.T., Vhdl. I S. 293; v. Bar, Gesetz u. Schuld II S. 60; Beschlüsse der 3. deutschen Landesversammlung der J.K.V., Z.St.W. 13 S. 742; die 15. Versammlung des Vereins deutscher Strafanstaltsbeamter, Ger.S. 72 S. 399.

[6]) Vom Verfasser unterstrichen.

völliger Verwahrlosung abgesehen — nicht eine sittliche Unreife in dem S. 19 ff. besprochenem Sinne, die Unzurechnungsfähigkeit gegeben sein läßt. So ist wohl vom Vergeltungsstandpunkt aus Strafe hier wohl zulässig und geboten. Aber eine sachgemäße Behandlung fordert hier in erster Linie Erziehungsmaßnahmen und nur ein starres Festhalten am Vergeltungsgedanken läßt nicht damit einverstanden sein, daß man sich letztlich auch mit Erziehungsmaßnahmen begnügt und von Strafe absieht, sofern die Strafe sich schädlich auswirkt oder auch nur als überflüssig erscheint, weil der Jugendliche durch die Erziehungsmaßregel allein auf den rechten Weg zurückgebracht werden kann.[7])

Bereits die Verfasser des V.E. 1909 haben denn auch schon die Möglichkeit, den Jugendlichen „an Stelle einer Freiheitsstrafe" der staatlich überwachten Erziehung zu überweisen, vorgesehen. § 69 Abs. II des Entwurfs bestimmte: „Erscheint die Tat hauptsächlich als Folge mangelhafter Erziehung oder ist sonst anzunehmen, daß Erziehungsmaßregeln erforderlich sind, um den Täter an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen, so kann das Gericht neben oder an Stelle einer Freiheitsstrafe seine Ueberweisung zur staatlich überwachten Erziehung anordnen. Die Art und Dauer der Erziehungsmaßregeln bestimmen sich nach den hierfür bestehenden Gesetzen, doch kann das Gericht die Unterbringung in eine Erziehungs- oder Besserungsanstalt vorschreiben". An Stelle einer „Freiheitsstrafe" und nicht allgemein „an Stelle einer Strafe" heißt es deshalb„ weil der V.E. hier nur schwere Verfehlungen, für die in der Regel auf eine Freiheitsstrafe erkannt wird, im Auge hat. Dies ergibt sich deutlich aus den Ausführungen der Begründung S. 260, wo zur Rechtfertigung der verhältnismäßig sehr engen Zulassung von Erziehungsmaßregeln im § 69 Abs. II u. a. bemerkt wird: „Außerdem würde die notwendige Folge einer umfänglichen und fast grundsätzlichen Ersetzung der Strafe durch staatliche Erziehungsmaßregeln die Ausdehnung der letzteren auch auf zahlreiche leichte Fälle sein. Dies würde, da solche Erziehungsmaßregeln nach den Landesgesetzen in der Regel nur in der Unterbringung der Jugendlichen in einer anderen Familie oder in einer Anstalt bestehen, diese Unterbringung in einem viel größeren Umfang als bisher und auch n zahlreichen Fällen notwendig machen, wo bisher zu dieser in das Familienleben des Schuldigen schwer einschneiden-

---

[7]) Ob und wie die Gleichsetzung, bezw. Verbindung von Strafe und Erziehung vom Standpunkt der Vergeltungstheorie aus gerechtfertigt werden kann, kann hier nicht weiter erörtert werden. S. z. B. Grüder, Die strafrechtliche Behandlung von Kindern und Jugendlichen S. 60 ff. Uebersicht über die Stellungnahme der Literatur zu dem Problem Strafe und Erziehung nach Vorliegen des V.E. s. die „Zusammenstellung der gutachtlichen Aeußerungen über den V.E. zu einem Deutschen Strafgesetzbuch" S. 177 ff.

den Maßnahme nicht gegriffen, sondern die Sache mit einer leichten Strafe abgemacht wurde. Dadurch aber würden Schwierigkeiten hervorgerufen und Verbitterung erzeugt werden, da eine leichte Strafe oft weder für den Jugendlichen selbst, noch für dessen Angehörigen von so weittragenden, schwer empfundenen Folgen ist, wie die dauernde Wegnahme von den Eltern und die Erziehung von fremder Hand". Es ist nun allerdings vollkommen richtig, was die Verfasser des V.E. hier ausführen. Sie vergessen dabei aber, daß es eben deshalb gegolten hätte, ein System von Erziehungsmaßregeln zu schaffen, das es ermöglichte, auch für die leichteren Fälle [8]) statt Strafe auf eine Erziehungsmaßnahme zu erkennen.

Die Entwürfe 1913 und 1919 haben dies nicht verkannt, und so bedeuteten sie in dieser Frage gegenüber dem V.E. einen großen, erfreulichen Fortschritt. Der Kommissionsentwurf 1913 bestimmte in § 22 Abs. II, letzter Satz: „Hält das Gericht nach der Beschaffenheit der Tat sowie dem Charakter und der bisherigen Führung des Jugendlichen die Anordnung von Erziehungsmaßregeln (§ 95) für ausreichend, so kann von Strafe abgesehen werden". Dazu § 95 Abs. I und Abs. II: „Wird ein Jugendlicher auf Grund des § 22 Abs. I freigesprochen oder außer Verfolgung gesetzt oder wird gegenüber einem Jugendlichen von Strafe abgesehen oder die Strafe nach § 22 Abs. II gemildert, so kann das Gericht anordnen, daß Erziehungsmaßregeln eintreten, wenn dies erforderlich ist, um den Jugendlichen an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen. — Die Erziehungsmaßregeln können darin bestehen, daß der Jugendliche vermahnt oder der Zucht des gesetzlichen Vertreters, der Schulbehörde oder, wenn er unter Fürsorgeerziehung steht, der Erziehungsbehörde überwiesen wird....." [9])

Aehnlich der Entwurf 1919 § 131: „Ist der Täter z. Zt. der Aburteilung noch jugendlich, so hat das Gericht im Urteile darüber zu befinden, ob Erziehungsmaßregeln erforderlich sind, um den Jugendlichen an ein gesetzmäßiges Leben zu gewöhnen". § 132 Abs. I und II: „Hält das Gericht Erziehungsmaßregeln für ausreichend, so hat es diese anzuordnen und von Strafe abzusehen. — Hält das Gericht sowohl Strafe als auch Erziehungsmaßregeln für erforderlich, so ist auf beides nebeneinander zu erkennen". Dazu § 133 Abs. I und II: „Die Erziehungsnaßregeln können

[8]) Die „besonders leichten Fälle" gehören nicht hierher. Ein „besonders leichter Fall" liegt gemäß § 83 Abs. II des Entwurfes vor", wenn die rechtswidrigen Folgen der Tat unbedeutend sind und der verbrecherische Wille des Täters nur gering und nach den Umständen entschuldbar erscheint, so daß die Anwendung der ordentlichen Strafe des Gesetzes eine unbillige Härte enthalten würde." In den besonders leichten Fällen kann nämlich (ohne Anordnung einer Erziehungsmaßregel) von Strafe überhaupt abgesehen werden. (§ 76 Abs. III in Verbindung mit § 69 Abs. I.)

[9]) S. auch noch Abs. II und V, sowie § 96.

darin bestehen, daß der Jugendliche vermahnt oder der Zucht des gesetzlichen Vertreters oder der Schulbehörde überwiesen wird oder daß eine andere Anordnung über seine Erziehung oder Unterbringung getroffen wird, oder daß er unter Fürsorgeerziehung gestellt wird. — Das Gericht kann den Jugendlichen bis zur Dauer von 3 Jahren, jedoch nicht über das einundzwanzigste Lebensjahr hinaus unter Schutzaufsicht stellen ...." [10])

Es kann wohl nicht bestritten werden, daß eine Regelung im Sinne der eben zitierten Bestimmungen der Entwürfe 13 und 19 es mit sich bringt, daß die Strafe dem Jugendlichen gegenüber zur Ausnahme und die Erziehung zur Regel wird.[11]) Daß aber damit das Maß des dem Gemeinwohl Dienlichen „überschritten" würde, wie die Verfasser des V.E. Begründung S. 260 meinten, kann nicht zugegeben werden. Die Ausführungen a. a. O., die rechtfertigen sollen, weshalb der Entwurf nicht die Erziehung als Regel, die Strafe aber als Ausnahme festsetzte, sind ganz

[10]) Nicht unerwähnt soll bleiben, daß die ersten Reformvorschläge für das Jugendstrafrecht von der gesetzgeberischen Seite aus zuerst in prozessualem Gewande aufgetaucht waren, allerdings nicht zum Nutzen der ganzen Sache. Nach § 373 des Entwurfs einer Strafprozeßordnung 1909 soll die Bestrafung nicht eintreten, wenn das Gericht den Jugendlichen der strafrechtlichen Handlung zwar für schuldig erachtet, aber unter Berücksichtigung der Beschaffenheit der Tat, des Charakters und der bisherigen Führung des Jugendlichen die Ueberzeugung gewinnt, daß Erziehungs- und Besserungsmaßnahmen der Bestrafung vorzuziehen seien. Zur Würdigung dieses Reformvorschlages s. bes. Oetker, „Das Strafverfahren gegen Jugendliche. Eine kritische Studie" (2. Beilagenheft zu Ger.S. 74), der mit Recht erklärte, daß eine befriedigende Gestaltung des Jugendstrafverfahrens nur zu gewinnen ist auf Grund materieller Rechtsreform. — Auch nach dem Erscheinen des V.E. fuhr man fort eine Reformierung des Jugendstrafrechts lediglich auf prozessualem Wege herbeizuführen. Der 1912 von der Regierung dem Reichstag vorgelegte „Entwurf eines Gesetzes über das Verfahren gegen Jugendliche" lautete (in der Fassung nach den Beschlüssen der 13. Reichstagskommission, 2. Lesung 1912/13) in seinem § 3: „Von Erhebung einer öffentlichen Klage gegen einen Jugendlichen kann abgesehen werden, wenn die Verschuldung und die Folgen der Tat geringfügig sind. (Abs. I.) Oeffentliche Klage darf gegen einen Jugendlichen nicht erhoben werden, wenn Erziehungs- und Besserungsmaßregeln einer Bestrafung vorzuziehen sind. (Abs. II.) Ergibt sich nach Erhebung einer Klage, daß die Verschuldung und die Folgen der Tat geringfügig sind oder daß Erziehungs- und Besserungsmaßregeln einer Bestrafung vorzuziehen sind, so kann das Gericht das Verfahren gegen den Jugendlichen einstellen. (Abs. IV, Satz 1.)"

[11]) Es mag noch auf den Unterschied zwischen § 132 I Entw. 19 einerseits und § 22 II letzter Satz des Entw. 13 hingewiesen werden. Während es dort heißt: „. . . hat das Gericht von Strafe abzusehen," heißt es hier: „. . . kann von Strafe abgesehen werden." Ob es allerdings in der Praxis einen Unterschied gemacht hätte, d. h. ob es nicht auch, wenn der Entw. 13 Gesetz geworden wäre, ebenso oft wie nach der Bestimmung des Entw. 19 zur Anwendung von Erziehungsmaßnahmen gekommen wäre, kann dahingestellt bleiben.

und gar auf die Vorschläge von Koehne und Kleinfeller zugeschnitten, nach denen die Strafe nur für den Fall der Erziehungsunfähigkeit des Jugendlichen zugelassen werden sollte.

§ 3 des von Koehne 1907 herausgegebenen „Entwurfs zu einem Reichsgesetze betreffend die Ahndung und Verfolgung strafbarer Handlungen, welche von jugendlichen Personen begangen werden," lautete: „Ein Jugendlicher, welcher nach Vollendung seines 14. Lebensjahres eine strafbare Handlung begangen hat, ist zu bestrafen, sofern nach der Art der Tat und dem Charakter und Vorleben des Täters anzunehmen ist, daß durch Erziehungsmaßnahmen seine Besserung nicht erreicht werden kann". Auch als Referent der 12. Deutschen Landesversammlung der JKV. hat sich Koehne in diesem Sinne ausgesprochen: Sind die staatlichen Erziehungsmaßregeln gescheitert, so nützen keine Besserungsmaßregeln, sondern an Stelle der Erziehung muß dann Strafe treten. Ebenso trat Kleinfeller auf der genannten Versammlung sehr stark für eine derartige Regelung ein.[12])

Es ist den Verfassern des V.E. zuzugeben, daß eine gesetzliche Regelung in dem von Koehne und Kleinfeller vorgeschlagenen Sinne abzulehnen ist, aber nicht deshalb, weil dadurch „jedenfalls die Erziehung die Regel, die Strafe die Ausnahme werden würde", sondern deshalb, weil einer derartigen Regelung zu schwerwiegende sachliche Bedenken innewohnen. Es wird nämlich wohl ganz selten vorkommen, daß der Jugendrichter einen Jugendlichen von vorneherein für durchaus unverbesserlich hält. Die Gefahr, daß rein schematisch die Besserungsfähigkeit des Jugendlichen zunächst wohl immer bejaht werden würde, ist nicht zu leugnen. Außerdem würde wohl auch ein „Erziehungsanspruch" des Jugendlichen gegen den Staat konstruiert werden, der juristisch kaum haltbar wäre und überdies zur Folge hätte, daß sogar ausnahmslos gegen jeden strafbaren Jugendlichen zunächst mit Erziehung vorgegangen werden müßte.[13])

Es wurde eingangs des Paragraphen bereits erwähnt, daß die Frage der Zurechnungsfähigkeit bei den Reformbestrebungen völlig in den Hintergrund trete. Die nachfolgenden Ausführungen haben dies wohl auch bestätigt. Doch wurde die Zurechnungsfähigkeitsfrage nie, wie es den Anschein haben möchte, völlig

[12]) Mitteilungen d. J.K.V. 15 S. 619, 644 ff.

[13]) Diese Bedenken wurden auf der oben im Text erwähnten Landesversammlung der J.K.V. immer wieder vorgetragen (s. Mitteilungen der J.K.V. 15 S. 607, 616, 620, 629, 634) mit dem Erfolge, daß Koehne seine ursprünglich aufgestellte These: „Voraussetzung der Strafbarkeit soll die mutmaßliche Erziehungsfähigket des Angeklagten sein", zurückzog und sich einem von Aschrott gestellten Antrag: „Dem Richter ist möglichst weitgehender Spielraum zu lassen, bei der Aburteilung von Jugendlichen auf die im Einzelfalle geeigneten Maßnahmen zu erkennen . . .", anschloß.

außer acht gelassen. Besonders die Vorschläge, dem Richter freie Wahl zwischen Strafe und Erziehung zu lassen, sind nicht so aufzufassen, als wäre damit angestrebt worden, in Zukunft das Einschreiten gegen Jugendliche völlig unabhängig von der Frage der Zurechnungsfähigkeit zu stellen. Sie sind stets so zu verstehen, daß, auch wenn dies nicht direkt zum Ausdruck kommt, zunächst immer von der Frage der strafrechtlichen Handlungsfähigkeit des Jugendlichen auszugehen sei. Dadurch, daß man aber in erster Linie im Auge hatte, eine möglichst weitgehende Verbindung von Erziehung und Strafe herbeizuführen, vernachlässigte man die Frage der Bedeutung der Altersreife für die Zurechnungsfähigkeit. So ist es zu verstehen, daß man dem Gedanken, daß neben der geistigen Unreife auch sittliche Unreife zur Unzurechnungsfähigkeit des Jugendlichen führen könne, gar nicht weitere Beachtung schenkte und der V.E. 1909 über die Zurechnungsfähigkeit des Jugendlichen keinerlei Bestimmung enthielt. Doch kann den Verfassern des V.E. nicht zugestimmt werden, daß eine besondere Anweisung an den Richter, die sittliche und geistige Reife des Jugendlichen sorgfältig zu prüfen, nicht erforderlich sei, weil die subjektive Fähigkeit, ein Delikt zu begehen, zum Begriffe der Zurechnungsfähigkeit gehöre, die bei jugendlichen Verbrechern von keiner anderen Art sei als bei Erwachsenen, weil das rechtliche Unterscheidungsvermögen lediglich einen notwendigen Bestandteil der allgemeinen kriminellen Zurechnungsfähigkeit bilde.[14]) Letzteres zugegeben, muß doch die Notwendigkeit einer gesetzlichen Festlegung der besonderen „Jugendunzurechnungsfähigkeit" bejaht werden. Die Ausführungen im dogmatischen Teile § 3 mögen dies gezeigt haben. Mit Recht hatte denn bereits der Kommissions-Entw. 13 die Unzurechnungsfähigkeitsbestimmung des § 22 I: „Ein Jugendlicher handelt nicht schuldhaft, wenn er wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen".

Im gleichen Sinne bestimmte Entwurf 1919 in seinem § 130: „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht zurechnungsfähig, wenn er zur Zeit der Tat wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife unfähig ist, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen".

Das J.G.G. hat diese Vorschrift in seinem § 3 — im wesentlichen — übernommen. Aber die Bedeutung des § 3 J.G.G. ist doch nicht die gleiche wie die des § 22 des Kommisionsentw. 1913 und des Entwurfs 1919. Darüber im folgenden.

---

[14]) Begr. S. 258.

§ 10.

Das geltende Recht: § 3 J.G.G.

§ 3 J.G.G. lautet: „Ein Jugendlicher, der eine mit Strafe bedrohte Handlung begeht, ist nicht strafbar, wenn er z. Zt. der Tat nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung unfähig war, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen".

Das J.G.G. stellt also für die strafrechtliche Verantwortlichkeit des Jugendlichen durchaus die gleichen Voraussetzungen auf, wie der Entwurf 19 in seinem § 130 und — wenigstens im wesentlichen — der Kommissionsentwurf 13 in seinem § 22 I. Aber es erklärt auffallender- und befremdlicherweise nicht wie die letzteren den Jugendlichen, dem jene geistige oder sittliche Reife fehlt, für unzurechnungsfähig, sondern sagt lediglich: „. . . ist nicht strafbar".

Damit ist die alte, zu § 56 St.G.B. bestandene Streitfrage, ob die „bedingte Strafmündigkeit" einen Schuld- oder nur (persönlichen) Strafausschließungsgrund bedeute, für das neue Recht nicht nur nicht beseitigt, sondern ihre Beantwortung ist im Gegenteil nur schwieriger geworden. Denn es kann keinem Zweifel unterliegen, daß es sehr wohl seine innere Berechtigung hat, den (im Sinne des § 3 J.G.G. und der Entwürfe 1919 und 1913 — §§ 130 bezw. 22 —) einsichts- oder willensunfähigen Jugendlichen als unzurechnungsfähig (schuldunfähig) zu behandeln, d. h. anzuerkennen, daß der Seelenzustand eines solchen Jugendlichen nicht die Fähigkeit aufweist, bei deren Vorhandensein ein dem Recht entsprechendes Verhalten von ihm erwartet werden kann. (S. dogmat. Teil § 2 eingangs, § 3 gegen Ende.) Unter diesen Umständen liegt es wohl sehr nahe, anzunehmen, daß der im § 3 gewählten Ausdrucksweise „ist nicht strafbar" keinerlei maßgebende Bedeutung zukomme, daß der J.G.G.-Gesetzgeber vielmehr ebenfalls wie Entwurf 19, der ihm hinsichtlich der materiell-rechtlichen Bestimmungen des J.G.G. ja unzweifelhaft zum Vorbild diente, die Unzurechnungsfähigkeit des einsichts- oder willensunfähigen Jugendlichen habe zum Ausdruck bringen wollen.

So viel aber auch eine derartige Annahme wohl für sich hätte, ja so sehr sie sogar als eine Notwendigkeit bezeichnet werden müßte, wenn lediglich der Wortlaut ihr entgegenstünde, so sehr muß sie aber m. E. als unzulässig bezeichnet werden, nachdem die amtliche Begründung zu § 3 J.G.G. zwar nicht direkt, wohl aber indirekt ganz zweifelfrei zum Ausdruck bringt, daß die Fassung „ist nicht strafbar" und damit die Veränderung gegenüber § 130 des Entwurfs 19 keineswegs eine zufällige und ungewollte war. Leider ist diese Tatsache bisher nie beachtet worden: Die Begründung zu § 3 wiederholt zwar im großen und ganzen die Begründung des Entwurfs 19 zu seinem § 130 einfach

wortwörtlich. Es fehlen in ihr aber samt und sonders alle diejenigen Sätze der letzteren, die von der Unzurechnungsfähigkeit des Jugendlichen sprechen!

Auch Gerland, der sich ebenfalls ausdrücklich auf die Gesetzesbegründung beruft (zur Stütze seiner Ansicht, daß die §§ 2 und 3 J.G.G. die Unzurechnungsfähigkeit des Altersunreifen normieren) übersieht dies, so daß seinen Ausführungen wenig Ueberzeugungskraft zukommen dürfte. Er sagt: „Wenn sich nun aber das J.G.G. in seinem § 3 so eng an den § 129[1]) Entwurf 1919 anschließt, wenn seine Begründung die Begründung des Entwurfs im wesentlichen einfach wiederholt, ohne irgendwie auszusprechen, daß § 3 eine wesentliche Modifikation des § 129[1]) darstellen solle, wenn man endlich doch annehmen muß, daß die Verfasser des Entwurfs des J.G.G. auch den § 18 Entwurf 1919 kannten, so ist m. E. der Schluß zwingend, daß das J.G.G. auch den dem Entwurf 1919 immanenten Grundbegriff der Zurechnungsfähigkeit adoptiert hat, mithin trotz veränderten Wortlautes (der Jugendliche ist nicht strafbar) von der Unzurechnungsfähigkeit des Jugendlichen, dem die in § 3 angegebenen Fähigkeiten fehlen, ausgegangen ist. Dafür spricht auch ganz allgemein die weitere Erwägung, daß die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, gar nichts anderes bedeuten kann, inhaltlich genommen, als eben die Zurechnungsfähigkeit, deren beide Elemente, die soziale rechtliche Urteilsfähigkeit und die normale Dispositionsfähigkeit in zutreffender Weise bestimmt werden."[2])

Was überdies die zuletzt herangezogene allgemeine Erwägung anlangt, so läßt Gerland ganz außer acht, daß seine Behauptung, die Fähigkeit, das Ungesetzliche der Tat einzusehen oder seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen, könne „gar nichts anderes bedeuten als eben die Zurechnungsfähigkeit", doch nur bedingt richtig ist. Richtig nur unter der Voraussetzung, daß man (wie es Gerland — und auch der Verfasser S. 12 ff. — tut) das Wesen der Schuld in der — vorsätzlichen oder fahrlässigen Nichtbeachtung der Rechtsnormen erblickt und demzufolge das Bewußtsein, bezw. die Möglichkeit des Bewußtseins der Rechtswidrigkeit fordert. So wäre denn doch zunächst geboten gewesen, zu prüfen, ob auch der Jugendgerichtsgesetzgeber von dieser Voraussetzung ausgegangen ist? Ich glaube, daß eben diese Frage verneint werden muß, sodaß die Ansicht, die §§ 2, 3 würden lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund bedeuten, nur noch mehr für sich gewinnt.

Das J.G.G. ist in den Jahren 20—23 entstanden, nachdem der Entwurf 19 nicht Gesetz geworden war und die Durchführung der gesamten Strafrechtsreform wiederum um Jahre verzögert erschien. Man glaubte im Interesse einer möglichst sachgemäßen

[1]) muß wohl § 130 heißen.
[2]) Festschrift für Rosenthal S. 76.

und wirkungsvollen Behandlung der straffälligen Jugend gerade in den Jahren der Nachkriegszeit mit der Einführung des Prinzips des Erziehungsgedankens nicht länger warten zu können und entschloß sich so zu einer Teilreform. Aber man beschränkte sich offensichtlich darauf, das im Interesse der Jugendlichen Gebotene festzulegen und hütete sich augenscheinlich, zu den nicht nur die Behandlung der Jugendlichen berührenden dogmatischen Grundfragen, zu den Prinzipien des Strafrechts irgendwie Stellung zu nehmen. Man wollte es ohne Zweifel vermeiden, der zukünftigen Gesamtreform irgendwie vorzugreifen und sah sich daher gezwungen, auf jenen Gebieten sich dem geltenden Rechte, d. h. dem R.St.G.B. von 1871, anzupassen.

Nur so können m. E. die ganzen materiell-rechtlichen Bestimmungen des J.G.G., soweit sie nicht die Einführung des Erziehungsgedankens, wie überhaupt die an die Straftaten der Altersunreifen geknüpften Rechtsfolgen betreffen, verstanden werden, und nur bei dieser Annahme läßt sich m. E. auch eine befriedigende Erklärung dafür finden, warum das Gesetz in so auffallender Weise nicht mehr wie der Entwurf 19 den einsichts- oder willensunfähigen Jugenlichen für unzurechnungsfähig erklärt und warum in der Gesetzesbegründung jedes Wort über den Grund der Straffreiheit des Jugendlichen (sowie des noch nicht 14jährigen Kindes) fehlt.

Für unser R.St.G.B. erkennen Praxis und auch — ganz weitaus überwiegend — die Wissenschaft an, daß es die Strafbarkeit der Teilnahme an der Tat eines Dritten im extrem-akzessorischen Sinne [3]) geregelt habe. Nachdem der Jugendgerichtsgesetzgeber aus jener vorerwähnten Zurückhaltung heraus den Grundsatz der streng-akzessorischen Natur der Teilnahme nicht durchbrechen oder gar aufheben zu können glaubte — übrigens mit vollem Rechte (s. weiter u.!) — konnte er auch den nach § 3 einsichts- oder willensunfähigen Jugendlichen jedenfalls aus kriminalpolitischen Gründen gar nicht als unzurechnungsfähig erklären (und ebenso nicht für das Kind bis zu 14 Jahren eine unwiderlegliche Vermutung der Schuldunfähigkeit aufstellen). Die Straflosigkeit der Teilnehmer an der Tat eines Kindes oder Jugendlichen, sowie der Begünstiger und Hehler, die sich — von den Fällen des Vorliegens einer mittelbaren Täterschaft abgesehen — andernfalls ergeben hätte, wäre eine zu große, untragbare Belastungsprobe für unsere Strafrechtspflege geworden. Es ist dem Gesetzgeber wohl auch umso leichter gefallen, nicht eine unwiderlegliche Vermutung der Schuldunfähigkeit des Kindes

[3]) „Extrem-akzessorische" „Gestaltung der Teilnahme liegt vor, wenn für die Strafbarkeit der Anstiftung, der Beihilfe nicht nur vorausgesetzt ist, daß das Verbrechen, zu welchem angestiftet oder geholfen wird, wirklich begangen worden ist, sondern daß der objektive gesetzliche Tatbestand auch schuldhaft rechtswidrig verwirklicht wurde.

aufzustellen und den im Sinne des § 3 einsichts- oder willensunfähigen Jugendlichen für unzurechnungsfähig zu erklären, als ja tatsächlich für unser R.St.G.B. von einer ansehnlichen Gruppe von Schriftstellern und jedenfalls von der Praxis von jeher die Meinung vertreten wurde, daß das Bewußtsein der Unrechtmäßigkeit (Rechtswidrigkeit) — der Regel nach [4]) — nicht zur Schuld, und damit die Fähigkeit zur Rechtswidrigkeitserkenntnis [5]) auch nicht zur Zurechnungsfähigkeit gehöre und nachdem ja auch nach dem bisherigen Rechtszustande — s. o. S. 55 — die auf mangelnder sittlicher Reife beruhende Willensunreife des Jugendlichen nicht als Unzurechnungsfähigkeitselement anerkannt wurde.

Gegen die im Vorstehenden dargelegte Auffassung über die Absicht des Jugendgerichtsgesetzgebers ließe sich wohl wenig einwenden, wenn nicht in letzter Minute noch in den Entwurf des J.G.G. der § 4 des Gesetzes aufgenommen worden wäre. (§ 4 fehlte noch im 2. Entwurf aus dem Jahre 1922,[6]) als er dem Reichsrat vorgelegt wurde, während dann die Reichstagsvorlage ihn enthielt.) Die Aufnahme des § 4, der ohne weitere Diskussion vom Reichstage gebilligt und so ohne längere Beratungen zum Gesetz wurde, glauben manche als Beweis dafür deuten zu müssen, daß man doch die Unzurechnungsfähigkeit des Kindes unter 14 Jahren und des einsichts-, oder willensunfähigen Jugendlichen normieren wollte. So z. B. Kiesow, J.G.G. N. 1 zu § 2: „ . . . Den materiell-rechtlichen Bestimmungen haben die Vorschriften des Strafgesetzentwurfs von 1919 über Kinder und Jugenliche unmittelbar zum Vorbild gedient; dieser Entwurf sagt (§ 9 Nr. 1, § 129) ausdrücklich, daß eine Person unter 14 Jahren als nicht zurechnungsfähig gelte. Auch die Aufnahme des § 4 deutet auf jene Stellungnahme des Gesetzgebers hin; denn sie wurde nur nötig, wenn man davon ausging, daß die Strafunmündigkeit die Zurechnungsfähigkeit und damit die Schuld ausschlösse." Ferner Nr. 2 zu § 3: „ . . . Indessen kann auch hier (zu vgl. § 2 Nr. 1) kein Zweifel sein, daß der Gesetzgeber auf dem Standpunkt gestanden hat, der Mangel des Unterscheidungsvermögens schließe die Zurechnungsfähigkeit aus. Dafür spricht zunächst auch hier die Aufnahme des 4 . . ."[7])

Dem kann aber nicht beigepflichtet werden. Es liegt dem Gedankengange Kiesow's doch wohl eine petitio principii zugrunde, die Kiesow ganz übersehen läßt, daß doch Gesetzesbestimmungen sehr oft lediglich deklaratorischer Natur sind und

[4]) d. h. von den Fällen abgesehen, in denen im gesetzlichen Tatbestand das Erfordernis der Rechtswidrigkeit ausdrücklich hervorgehoben ist.

[5]) In diesem Sinne ist die Fähigkeit, das „Ungesetzliche" der Tat einzusehen, ohne Zweifel zu verstehen. S. hierüber u. S. 73.

[6]) Der erste Entwurf stammte aus dem Jahre 1920.

[7]) Im gleichen Sinne Hellwig, J.G.G. N. 4 zu § 2; Olshausen, Komm. (11) N. 1 zu § 4 J.G.G.

als solche mehr oder minder „nötig", wohl auch „unnötig" sein können. Es kann nicht gut bestritten werden, daß der Bestimmung des § 4 Zwang angetan wird, wenn man ihr konstitutive Bedeutung beilegt, daß sie viel natürlicher als deklaratoriche Bestimmung erklärt wird. S. darüber später!

Kann so § 4 zum wenigsten nicht als Stütze für die Auffassung, die „Strafunmündigkeit" des J.G.G. bedeute die Unzurechnungsfähigkeit der Altersunreifen, verwendet werden, so erscheint es vielmehr geboten zu untersuchen, ob § 4 nicht im Gegenteil gerade g e g e n diese Auffassung und für die Annahme eines persönlichen Strafausschließungsgrundes spricht. Auch A l l f e l d , F r a n k und G e r l a n d stellen diese Frage, glauben sie aber verneinen zu müssen. Allfeld [8]) in beiden Richtungen mit der Begründung, daß derjenige, der nicht die Fähigkeit besitzt, das Ungesetzliche seiner Tat einzusehen oder unfähig ist, dieser Einsicht gemäß seinen Willen zu bestimmen, eben nicht zurechnungsfähig sei. Auf diesen Einwand wurde schon oben anläßlich des von Gerland im gleichen Sinne Vorgebrachten geantwortet. Frank [9]) meint kurz, daß § 4 „jedenfalls nicht dagegen" spreche. Gerland [10]) schließlich sagt ganz unbestimmt: „Aber spricht § 4 J.G.G. nicht entscheidend gegen die im Vorstehenden entwickelte Auffassung?[11]) Ich glaube, daß die Frage unbedingt verneint werden muß".

M. E. ist das Gegenteil zu sagen. Ich glaube, daß die Frage unbedingt b e j a h t werden und gesagt werden muß: § 4 beseitigt jeden nach den bisherigen Ausführungen etwa noch irgendwie zurückgebliebenen Zweifel, daß in den §§ 2, 3 die U n z u r e c h n u n g s f ä h i g k e i t der A l t e r s u n r e i f e n n i c h t normiert wird.

Aus folgenden Gründen: Wie oben schon erwähnt, wird den Worten des § 4 Zwang angetan, wenn man der Bestimmung konstitutive Bedeutung beilegt. Wer unbefangen und vorurteilsfrei an den § 4 herantritt, kann m. E. die Worte: „Die Strafbarkeit usw. wird n i c h t b e r ü h r t" nicht anders verstehen als in dem Sinne, „daß eine Neuregelung n i c h t eintreten sollte."[12]) Damit

[8]) Ger.S. 92 S. 173.

[9]) Frank, Komm. II zu § 2.

[10]) a. a. O. S. 77.

[11]) nämlich, daß „§ 2 wie § 3 J.G.G. eine Vorschrift über die Zurechnungsfähigkeit enthalten, die besagt, daß die Zurechnungsfähigkeit erst mit vollendetem 14. Lebensjahr eintritt, daß aber Jugendliche unter den im § 3 angegebenen Voraussetzungen unzurechnungsfähig sind." (Gerland a. a. O. S. 78.

[12]) B e l i n g , Grundzüge (4) S. 90. Beling gelangt allerdings zu einem m. E. unrichtigen und unbefriedigenden Ergebnis, indem er a. a. O. u. a. fortfährt: „Es muß deshalb sein Bewenden bei dem haben, was J.G.G. § 4 selbst sagt, und dieser Text enthält lediglich eine Blankobestimmung = die allgemeinen Bestimmungen betr. Anstiftung und Beihilfe bei Taten von Strafunmündigen werden nicht berührt. Da das Strafgesetzbuch solche Teilnahme nicht kennt, ist § 4 J.G.G. z. Z. gegenstandslos."

wird aber die oben dargelegte Auffassung, der Jugendgerichtsgesetzgeber habe in die allgemeinen Grundlehren des geltenden Strafrechts in keiner Weise eingreifen wollen, durchaus bestätigt. Es zeigt sich ganz zweifelsfrei, daß er das vom R.St.G.B. anerkannte Prinzip der (extrem-)akzessorischen Natur der Teilnahme [13]) nicht durchbrechen wollte.[14]) Weil er aber andererseits auch nicht zugeben konnte, daß die Teilnehmer (und die Begünstiger und Hehler) an der Straftat der Altersunreifen stets — von den Fällen der Möglichkeit einer Bestrafung als mittelbarer Täter abgesehen — straffrei ausgehen, so brachte er in seinen Bestimmungen §§ 2 und 3 zum Ausdruck, daß er — obwohl er es mit den Entwürfen 1919 und 1913 (und auch voraussichtlich in Uebereinstimmung mit dem künftigen Gesetze) mit Recht für richtig hielt, bei der strafrechtlichen Verantwortlichkeit der Altersunreifen auf die Fähigkeit zur Einsicht in das Ungesetzliche (Unrechtmäßige) der Tat und die Fähigkeit zur dementsprechenden Willensbestimmung abzustellen —, jedenfalls für die Geltungsdauer des Gesetzes von 1871 in Uebereinstimmung mit der Auffassung der Praxis über die Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit lediglich einen (persönlichen) Strafausschließungsgrund normieren wolle.[15]) Die Frage der Zu-

[13]) S. o. S. 68 (N. 3). Die vom geltenden Rechte getroffene „extrem"-akzessorische Gestaltung der Teilnahme wird im allgemeinen schlechthin als die akzessorische Natur der Teilnahme bezeichnet. Es lassen sich aber wohl mehrere Stufen der Abhängigkeit unterscheiden. Es ist sehr interessant, die einzelnen bis jetzt vorliegenden Strafgesetzbuch-Entwürfe in dieser Hinsicht durchzugehen. — Vgl. Michel, Die akzessorische Natur der „Teilnahme" nach den Entwürfen zu einem neuen deutschen Strafgesetzbuch (1915); Kern in Ger. S. 94 S. 128 ff.; Ludwig, Die Lehre von der Teilnahme im amtlichen Entwurf (1927).

[14]) Dies übrigens mit gutem Grunde. Mit Recht betont Allfeld a. a. O. S. 174, von der Meinung ausgehend, das J.G.G. habe bezüglich der Handlung Jugendlicher die akzessorische Natur der Teilnahme fallen gelassen, daß es „sehr zu bezweifeln ist, ob es zweckmäßig war, diesen Grundsatz bezüglich einer Kategorie von Tätern aufzuheben, während er im übrigen vorerst weitergilt." — Andererseits darf nicht etwa gar angenommen werden, dem § 4 J.G.G. komme eine über das Jugendrecht hinausgehende Bedeutung zu, § 4 J.G.G. habe den Grundsatz der Akzessorietät der Teilnahme allgemein für das ganze Strafrecht aufgehoben. Denn einmal spricht für eine derartige Annahme nichts weder im Gesetze selbst noch in der Begründung des Entwurfs; ferner ist das J.G.G. ein Spezialgesetz und muß als solches eng, lediglich mit Rücksicht auf den ihm eigenen Zweck ausgelegt werden. (Gl. M Gerland, a a. O. S. 79.)

[15]) Gl. M.: Franke, J.G.G. (2) zu § 4 (im Hinblick auf diese Bestimmung); Hess, Jugendwohlfahrtsrecht N. 3 zu § 2, § 3, § 4 J.G.G. („nach dem Wortlaut und unter Berücksichtigung des § 4"); Radbruch in Z.Bl. 14 S. 251 (ohne nähere Begründung); ferner das Reichsgericht: Zu § 3 in Urteil (des 1. Senates) I 402/23 vom 12. VI. 1923, zu § 3 in Urteil I 944/24 vom 6. I. 1925 — J. W. 1925 S. 995 — (ohne nähere Begründungen). Der 4. Senat hat sich in seinem Urteil vom 20. IV. 1923 zu § 2 für die An-

rechnungsfähigkeit des Kindes oder Jugendlichen soll durch diese Bestimmungen völlig unberührt bleiben. Es soll also nicht etwa eine unwiderlegliche (gesetzliche) Vermutung fehlender Verstandes- und Willensreife oder fehlender Zurechnungsfähigkeit aufgestellt sein; vielmehr soll es von der individuellen Entwicklung des einzelnen Kindes oder Jugendlichen abhängen, ob er im konkreten Falle etwa trotz des Fehlens der nach § 3 vorausgesetzten Fähigkeiten als schuldfähig angesehen und behandelt werden könne, sofern man eben die Fähigkeit, die tatsächliche Bedeutung der Handlung (den natürlichen Erfolg in seiner Schädlichkeit oder Gefährlichkeit) richtig zu würdigen und die Fähigkeit, sich schon wegen der Schädlichkeit oder Gefährlichkeit der geplanten Tat — also ohne Rücksicht auf ihre rechtliche Bedeutung — für deren Unterlassung zu bestimmen, genügen läßt. Ob letzteres nach unserem Strafgesetzbuch von 1871 überhaupt mit Recht getan werden kann, mag dahingestellt bleiben. Jedenfalls erscheint mir zweifelsfrei, daß das J.G.G. dies nicht hat verhindern wollen und insoferne den Altersunreifen eben ein materielles Privileg erteilt hat, sodaß also auch von diesem Standpunkt aus betrachtet sich an der bisherigen Rechtslage nichts geändert hat.

Immerhin ist es aber m. E. unbestreitbar, daß die Fassung selbst — „Fähigkeit, das „Ungesetzliche" der Tat einzusehen oder seinem Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen" — vom Gesichtspunkt der Zurechnungsfähigkeitsfrage aus gedeutet werden muß. (Denn ohne Zweifel hätte das J.G.G., wenn es „frei" gewesen wäre, die Vorschrift des § 3 als Zurechnungsfähigkeitsbestimmung gegeben!) Hienach ergibt sich folgendes: „Für die allgemeine Zurechnungsfähigkeit kann nur maßgebend sein die Fähigkeit, (die Rechtswidrigkeit=), das Unrechtmäßige der Tat einzusehen.[16]) Wie der Verfasser des Entwurfs

---

nahme eines Strafausschließungsgrundes ausgesprochen mit der Begründung, daß sich die Fassung des § 2 aufs engste dem Vorentwurf eines deutschen Strafgesetzbuches anschließe, der in § 86 (muß wohl § 68 heißen) bestimmte: „Nicht strafbar ist, wer bei Begehung der Handlung das 14. Lebensjahr nicht vollendet hat", und der nach der Begründung diese Fassung lediglich gewählt habe, um klarzustellen, daß die Strafunmündigkeit kein Schuld- sondern ein Strafausschließungsgrund sein soll'. (E. 57 S. 206 (208).) Die Berufung auf den V.E. 1909 ist verfehlt. Der V.E. hatte den Begriff des Schuldausschließungsgrundes gänzlich ausgeschaltet (wogegen sich mit Recht allerdings fast einmütig die gesamte Wissenschaft auflehnte). —

Für die Annahme eines Schuldausschließungsgrundes die meisten. So: Allfeld, a. a. O. S. 173; Beling, Grundzüge (8) S. 41; Frank, Komm. (16) II Abs. 2 zu § 2, II Abs. zu § 3; Hellwig, J.G.G. N. 4 zu § 2, N. 3 zu § 3; Olshausen, Komm. (11) N. 2 zu § 2, N. 3 zu § 3; Lobe, Leipz. Komm (4) N. 1 zu §§ 1, 2 und N. 2 zu § 3; Kiesow, J.G.G. N. 1 zu § 2, N. 2 zu § 3.

[16]) Vgl. o. S. 12 ff.

1919, hatte wohl auch das J.G.G. tatsächlich die Fähigkeit zur Einsicht in die Rechtswidrigkeit, in das Unrechtmäßige der Tat im Auge. Die Auslegung des ungenauen Wortlautes in diesem Sinne ist geboten. Die amtliche Begründung des Entw. 19 S. 30 erklärt, „daß es für die Frage der Zurechnungsfähigkeit nicht darauf ankommt, ob der Täter das Sittenwidrige der Tat einsehen kann, sondern auf die Fähigkeit, die Tat als rechtlich mißbilligt zu erkennen". „Nun stellt aber das Gesetz nur einen Ausschnitt aus der Rechtsordnung dar und das Ungesetzliche ist infolgedessen nicht gleichbedeutend mit dem rechtlich Mißbilligten".[17]) Daher muß angenommen werden, daß Entw. 19 in seinem § 18 mit der Formel: „unfähig, das „Ungesetzliche" der Tat einzusehen", auf die Fähigkeit zur Einsicht in das Unrechtmäßige (Rechtswidrigkeit) der Tat abstellen wollte. Nachdem nun aber der Wortlaut des § 130 des Entw. sowie die Begründung hiezu in nichts erkennen lassen, daß für die „Jugendunzurechnungsfähigkeit" etwas anderes gelten solle wie für die allgemeine Unzurechnungsfähigkeit, dies auch in keiner Weise gerechtfertigt wäre, so muß das „Unterscheidungsvermögen" des § 130 Entw. 19 und damit auch das des § 3 J.G.G. so verstanden werden, daß der Altersunreife geistig so weit entwickelt sein muß, um die Schädlichkeit oder Gefährlichkeit seiner Tat erfassen und hierauf die Vorstellung ihrer (möglichen) rechtlichen Unzulässigkeit gründen zu können.[18]) Die Fähigkeit, die Strafbarkeit seines Tuns zu erkennen,[19]) braucht er ebenso wenig gehabt zu haben wie die Fähigkeit, die sittliche Bedeutung seiner Tat zu begreifen. Noch weniger gehört natürlich das positive Bewußtsein von dem gesetzlichen Verbot zum Unterscheidungsvermögen.[20])

Wohl aber ist es m. E. anderseits nicht richtig, wenn Kiesow, a. a. O. N. 4d zu § 3, verneint, daß der Jugendliche geistig so weit entwickelt sein müsse, um das gesetzliche Verbot verstehen zu können.[21]) Der Jugendliche muß die Fähigkeit besitzen, das Unrechtmäßige der Tat einzusehen, d. h. — s. o.! — er muß imstande sein, auf die Vorstellung ihrer Schädlichkeit oder Gefährlichkeit die Vorstellung ihrer rechtlichen Unzulässigkeit zu gründen. Dies bedeutet aber zugleich auch nichts anderes, als daß er fähig sein muß, das in Betracht kommende

[17]) Beling, Methodik der Gesetzgebung S. 138.

[18]) Vgl. o. S. 12 ff., S. 16 ff. Vgl. auch bes. Frank Komm. (16) S. 157 unten (II, 1 zu § 3 J.G.G.).

[19]) d. h. die Fähigkeit zur sicheren Erkenntnis der Strafbarkeit; denn die Fähigkeit, die Tat als möglicherweise strafbare zu erkennen, ist m. E. gleichbedeutend mit der Fähigkeit zur Einsicht in das Unrechtmäßige, in die Rechtswidrigkeit der Tat. Vgl. N. 6 (a. E.) S. 52.

[20]) Vgl. Frank, a. a. O.

[21]) Dies meint Kiesow wohl. Er sagt a. a. O.: „. . . ist nicht verlangt, daß der Täter geistig entwickelt genug gewesen sein müsse, um die Staatsgesetze zu kennen und richtig zu verstehen."

Gesetz (bezw. die in Betracht kommenden Gesetze), sofern er es kennt oder Gelegenheit hätte, es kennen zu lernen, in seiner Bedeutung für die Rechtsordnung zu verstehen.

Ueber die inhaltliche Bedeutung des dem bisherigen Rechte gegenüber neuen Erfordernisses, der Altersunreife müsse außer der Verstandesreife auch sittliche Reife besessen haben, und zwar den Grad sittlicher Reife, der ihn befähigt, „seinen Willen der Einsicht in das Ungesetzliche der Tat gemäß zu bestimmen", braucht hier wohl nicht mehr weiter eingegangen werden. Es mag auf die Ausführungen im § 3 des dogm. Teils S. 19 ff. hingewiesen werden. Sehr gut Frank, a. a. O. S. 158, der von „Hemmungsvermögen" spricht: „Es bedeutet nicht, wie Kiesow meint, eine bloße Erweiterung des Unterscheidungsvermögens, sondern etwas anderes: nicht eine Anforderung an den Intellekt, sondern an den Willen, nämlich die Möglichkeit, Hemmungsvorstellungen wirksam werden zu lassen und zwar die Hemmungsvorstellungen, die auf der möglichen Erkenntnis der Ungesetzlichkeit beruhen". Vgl. R.G., E. 58 S. 128. Ein Punkt ist noch etwas näher zu behandeln: Die Gesetzesbegründung bemerkt zu dem Erfordernis des Willensvermögens nur kurz: „..... neben dem Verstandesmangel soll auch ein Mangel in der Willensbildung, soweit er auf mangelnder Reife beruht, zum Ausschluß der Strafbarkeit führen".[22]) Diese Worte sind ungenau und unrichtig. Nicht der auf sittlicher Unreife beruhende Mangel in der Willensbildung bringt dem Jugendlichen die Straflosigkeit des § 3, sondern die mangelnde Fähigkeit zur Willensbildung, d. h. zur Bildung des im konkreten Fall durch das Recht gebotenen Entschlusses. Dies muß man sich deutlich vor Augen halten, um nicht etwa Willensschwäche des Jugendlichen genügen zu lassen.[23])

Der Mangel des Unterscheidungs- oder Hemmungsvermögens schlechthin läßt noch nicht Straflosigkeit des Jugendlichen nach § 3 eintreten; jener Mangel muß vielmehr seinen Grund in fehlender Entwicklungsreife, in der geistigen oder sittlichen Unreife des Jugendlichen haben. Dies bringt das Gesetz selbst deutlich zum Ausdruck: „..... nach seiner geistigen oder sittlichen Entwicklung

[22]) 1. Absatz zu § 3.

[23]) So aber in der Tat Hellwig a. a. O. N. 7 zu § 3: „Während nach § 51 St.G.B. bloße Willensschwäche die Möglichkeit der freien Willensbestimmung nicht ausschließt, solange die Vorstellungen usw. noch in normaler Weise als Motive wirken und nicht infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit nach Art mechanischer Ursachen die als die Willensbetätigung erscheinende Wirkung ausschließen (R.G.Z. vom 23. Mai 1917 bei Ebermayer § 51 Anm. 2), genügt bei Jugendlichen eine derartige Willensschwäche, um die strafrechtliche Verantwortlichkeit auszuschließen." Hiergegen a. M. ausdrücklich auch Riß-Weipert-Richter, J.G.G. N. 1 zu § 3; im übrigen wird die Frage — richtigerweise — gar nicht aufgeworfen.

unfähig usw." Die Gesetzesbegründung, Abs. 1 zu § 3, spricht mit Recht von „nicht abgeschlossener Entwicklung" einerseits — s. o. dogm. Teil S. 17/18! — und „gehemmter" Entwicklung andererseits — s. o. S. 18! —.[24])

Der Jugendliche muß, soll er nach § 3 gestraft werden können, zur Zeit seiner Tat nach seiner geistigen und sittlichen Entwicklung fähig gewesen sein, das Ungesetzliche „der Tat" einzusehen und seinen Willen dieser Einsicht gemäß zu bestimmen. „Die Prüfung nach § 3 kann sich nicht mit allgemeinen Betrachtungen über das Unterscheidungs- und Hemmungsvermögen des Jugendlichen begnügen. Sie muß sich vielmehr auf die bestimmte, dem Jugendlichen zur Last gelegte Tat richten und ermitteln, ob der Jugendliche fähig gewesen sei, das Ungesetzliche gerade dieser Tat einzusehen und der Einsicht gemäß den Anreiz gerade zu dieser Tat zu überwinden." So treffend Olshausen, a. a. O. N. 5 1. Satz zu § 3.[25]) Mit Recht fährt Ols-Olshausen aber auch weiter: „Daraus ergibt sich, daß, wenn dem Jugendlichen mehrere selbständige Handlungen zur Last gelegt sind, die Prüfung jenes doppelseitige Vermögen hinsichtlich einer — und zwar auch der zeitlich früher liegenden — Tat bejahen, hinsichtlich einer anderen Tat aber verneinen kann".[26])

Aber nicht nur für die Fälle der Tatmehrheit (Realkonkurrenz — § 74 St.G.B.), sondern auch für die der („echten") Idealkonkurrenz (§ 73 St.G.B.), weiter aber auch für die der „unechten Idealkonkurrenz", der sog. Gesetzeskonkurrenz, muß der Grundsatz gelten, daß bezüglich jedes einzelnen Delikts die Einsichts- und Willensfähigkeit des Jugendlichen gesondert zu prüfen ist. Ja, in konsequenter Durchführung dieses Prinzips wird man auch bezüglich eines Delikts, bei dem erschwerende Momente in Betracht kommen, Entsprechendes gelten lassen müssen. M. E. muß in dem hier in Frage stehenden Punkte § 3 so ausgelegt werden, daß es der Wille des Gesetzgebers ist, daß der Jugendliche nur dann und insoweit strafrechtlich verantwortlich gemacht werden könne und dürfe, als er imstande gewesen war, bei umfassender Vorstellung der natürlichen Bedeutung seines Tuns dessen Würdigung durch die Rechtsordnung unter dem Gesichtspunkt der Notwendigkeit oder auch nur Zweckmäßigkeit des staatlichen Rechtsgüter- und Interessenschutzes zu begreifen; oder etwas anders ausgedrückt: daß der Jugendliche stets nur dann und insoweit gestraft werden

---

[24]) Vgl. auch des näheren bei Hellwig, a. a. O. N. 6 zu § 3. Es ist aber m. E. nicht richtig, wenn Hellwig dort behauptet, Entw. 1919 und „Entw. IV" (= J.G.G.-Entwurf aus dem Jahre 1920) § 3 forderten, daß der Mangel an Einsichtsfähigkeit auf einer zurückgebliebenen Entwicklung beruhe. Denn es hieß in jenen Bestimmungen: „. . . wegen zurückgebliebener Entwicklung oder mangels geistiger oder sittlicher Reife . . ."

[25]) S. u. a. auch Hellwig, a. a. O. N. 4 Abs. 1 zu § 3.

[26]) Allgemeine Meinung.

dürfe, als er, wenn er das für seine Bestrafung zur Anwendung kommen sollende Gesetz in seiner bestimmten Fassung und Gegebenheit gekannt hatte oder hätte kennen lernen können, auch ein gewisses Verständnis für die Bedeutung der im Gesetze niedergelegten Norm und für die Art und Weise ihrer Bewehrung durch den Gesetzgeber hatte bezw. hätte aufbringen können.[27])

Im Falle der (echten) Idealkonkurrenz zwischen einem leichteren und einem schwereren Delikte ist also, soll der Jugendliche aus dem schwereren Gesetze bestraft werden können, stets prüfen, ob er auch hinsichtlich dieses Deliktes mit dem erforderlichen Einsichts- und Hemmungsvermögen gehandelt hatte. Ist dies zu verneinen, so darf der Jugendliche nur aus dem leichteren Gesetze bestraft werden, sofern er nicht auch hinsichtlich dieses Deliktes ohne das erforderliche Unterscheidungs- und Willensvermögen handelte.[28])

Bei der Gesetzeskonkurrenz kommt nicht § 73 St.G.B. zur Anwendung, sondern je nachdem, ob der Unterfall der Spezialität oder der Subsidiarität oder der Konsumtion gegeben ist, gelten die allgemeinen Sätze: lex spezialis derogat legi generali, lex primaria derogat legi subsidiariae, lex consumens derogat legi consumtae. Es handelt sich hier nicht um die Auf-

[27]) Vgl. v. S. 73 a. E.

[28]) Mit dem Text die h. M.: S. Allfeld, Lehrb. (8) S. 296; v. Bar, a. a. O. 78; Delaquis in D.Z. f. Jfge, Schr. d. A. J. u. J. Heft 3 S. 22; Finger, Lehrb. I S. 217; Hellwig, a. a. O. S. 77; Kiesow, a. a. O. S. 30 N. 4e zu § 3; Köhler, Lehrb. S. 335 (zu § 56 R.St.G.B.); v. Lilienthal, V. D. Allg. Teil 5 S. 114; Frank, Komm. (16) III zu § 3 J.G.G.; Olshausen, a. a. O.; das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (E. 11 S. 387, 25 S. 319, 47 S. 387, 51 S. 371). A. M. (zu § 56 St.G.B.): Olshausen, Komm. (8) N. 5 Abs. 2; Heinemann, Die Lehre von der Idealkonkurrenz S. 100; Schmidt, a. a. O. S. 52 f.; v. Slupecki, a. a. O. S. 41. Abgesehen von der Frage, ob der bloße Wortlaut des Gesetzes diese Ansicht überhaupt rechtfertigen kann (die h. M. übersieht keineswegs, daß „Gesetzeskenntnis" bzw. die Einsicht zur Erkenntnis, unter welches Strafgesetz die Handlung falle, nicht verlangt ist — Olshausen, a. a. O., v. Slupecki, a. a. O. —) lassen die Vorgenannten jedenfalls außer acht, daß nicht nur § 56 zur Entscheidung in Betracht kommt, sondern auch Sinn und Bedeutung des § 73 St.G.B. gewürdigt werden muß. Mit Recht sagt das R.G. in E. 47 S. 388: „Die Vorschrift des § 73 St.G.B. hat lediglich die Bedeutung, daß eine mehrfache Bestrafung wegen einer und derselben Handlung, obwohl mehrere Strafgesetze verletzt sind, ausgeschlossen sein soll, und stellt deshalb den Grundsatz auf, daß die schwerere Strafe die leichtere aufzehrt. Sie setzt also eine solche Verletzung des schwereren Strafgesetzes voraus, die zu einer Bestrafung auf Grund des schwereren Gesetzes führt. Fällt die Möglichkeit der Bestrafung auf Grund des schwereren Gesetzes aus irgend einem Grunde (auch infolge mangelnden Strafantrags oder Verjährung) fort, so liegt der in § 73 vorgesehene Fall nicht vor und steht deshalb der Anwendung des milderen Gesetzes nichts entgegen."

zehrung einer Strafe durch die andere (schwerere), sondern um ein Zurücktreten des einen gesetzlichen Tatbestandes hinter dem andern, Aufzehrung des einen Gesetzes durch das andere. Beispielsweise von der Spezialität gesprochen,[29]) ergibt sich sonach wohl als Grundsatz, daß, wenn der Tatbestand des besonderen Gesetzes erfüllt ist, die Anwendung des allgemeineren ausgeschlossen ist, und zwar das allgemeinere Gesetz auch dann von der Anwendung ausgeschlossen bleiben muß, wenn eine Bestrafung auf Grund des besonderen Gesetzes aus irgendeinem, den gesetzlichen Tatbestand unberührt lassenden Grunde, insbesondere wegen mangelnden Strafantrags oder wegen Verjährung, nicht erfolgen kann.[30]) Bei der hier vertretenen Auffassung der „Jugendunzurechnungsfähigkeit" des § 3 J.G.G. als (nur persönlicher) Strafausschließungsgrund müßte man also für den Fall, daß dem Jugendlichen die im § 3 vorausgesetzten Fähigkeiten (oder eine von beiden) zur Zeit der Tat hinsichtlich des besonderen Deliktes fehlten, er aber wohl im Zustande der Zurechnungsfähigkeit mit der erforderlichen Schuld die vom Tatbestand des besonderen Gesetzes umfaßte Tat begangen hatte, zur Straflosigkeit des Jugendlichen gelangen, auch wenn er hinsichtlich des allgemeineren Gesetzes nicht nur schuldhaft, sondern auch mit den über die Erfordernisse der Zurechnungsfähigkeit hinausgehenden Fähigkeiten des § 3 J.G.G. gehandelt hatte. Aber gerade in dem hier in Rede stehenden Fall darf und muß m. E. ebenso wie im Falle des freiwilligen Rücktritts (§ 46 St.G.B.) beim sog. „qualifizierten Versuch" eine Durchbrechung jenes Grundsatzes, daß, sofern der äußere und innere Tatbestand des besonderen Gesetzes erfüllt ist, der allgemeinere Tatbestand kriminalistisch nicht mehr in Betracht kommen könne, als vom Gesetze gewollt angesehen werden.[31]) Der Jugendliche ist also aus dem allgemeineren Gesetze zu bestrafen.[32])

---

[29]) Das in der einschlägigen Literatur am meisten gebrauchte Beispiel eines Falles der Spezialität ist instruktiv: § 317 St.G.B. (Gefährdung des Betriebs einer zu öffentlichen Zwecken dienenden Telegraphenanlage durch Beschädigen von Teilen oder Zubehörungen derselben oder durch Vornahme von Veränderungen an jenen) einerseits und Sachbeschädigung, § 303, andererseits.

[30]) R.G E. 47 S. 388.

[31]) Hinsichtlich des freiwilligen Rücktritts beim qualifizierten Versuch ist es h. M., daß auch im Falle der Gesetzeskonkurrenz (nicht bloß bei der Idealkonkurrenz) wegen des vollendeten Delikts zu strafen ist. S. über den Stand der Meinungen: Frank, Komm. (16) S. 94, und Olshausen (11) S. 184 (N. 3 zu § 46).

[32]) Für Strafbarkeit aus dem besonderen (schwereren Gesetze: (zu § 56 St.G.B.) Olshausen (8), N. 5 Abs. 2; Schmidt a. a. O. S. 53; v. Slupecki a. a. O. S. 41. — Wie im Text die h. M.; z. B. v. Bar a. a. O.; Dambach, Ger.S. 23 S. 260 ff.; Frank (16) III zu § 3 J.G.G.; v. Lilienthal, a. a. O.; Olshausen (11) N. 5 zu § 3 J.G.G.; Delaquis a. a. O.; Reichsgericht, E. 47 S. 388. Es mutet etwas

Daß die etwa vorliegenden, die gestezliche Strafbarkeit erhöhenden sog. „qualifizierten Umstände“ eines Deliktes für die Verurteilung eines Jugendlichen nicht beachtet werden dürfen, wenn er zwar „fähig gewesen sei, das Ungesetzliche der Tat in ihrer einfachen Gestaltung einzusehen, doch der Fähigkeit ermangelt habe, deren es bedurfte, um Verständnis dafür zu gewinnen, daß das Gesetz sich gegen bestimmte, durch erhöhte Schädlichkeit oder Gefährlichkeit ausgezeichnete Gestaltungen der Tat besonders wende“,[33]) wurde o. S. 75 bereits ausgesprochen.[34]) Mit guten Gründen verteidigt v. Bar, Gesetz und Schuld II S. 79 die Richtigkeit dieser Annahme gegen die von seiten des Reichsgerichts erfolgten Angriffe. Es mag hierauf verwiesen werden. Schließlich ist noch die Frage der Meineidsfähigkeit der jugendlichen Personen unter 16 Jahren im Hinblick auf die Bestimmungen Z.P.O. § 393 Ziff. 1, 473 Abs. II, St.P.O. § 57 Ziff. 1 und § 3 J.G.G. zu erwähnen. Das gesetzliche Verbot der Beeidigung von Personen unter 16 Jahren bedeutet, erklärt die herrschende Lehre, „das, daß bei ihnen das Verständnis vom Wesen des Eides kraft unwiderleglicher Vermutung als ausgeschlossen gilt und daß die Umstände, von denen die Strafbarkeit der Jugendlichen abhängt (§ 3 J.G.G.), bei ihnen bezüglich des Meineides nicht zutreffen können“.[35]) Dem kann m. E. nicht beigepflichtet werden. Die Aufstellung einer unwiderleglichen Vermutung der Eidesunfähigkeit der noch nicht 16 Jahre

---

eigentümlich an, daß das R.G. gerade in dieser Entscheidung, bei der Gesetzeskonkurrenz in Frage stand, entgegen seiner sonstigen Auffassung über die Bedeutung der Vorschrift des § 56 einen Schuldausschließungsgrund annimmt, da dies lediglich deshalb geschah, weil es glaubte andernfalls nicht zu einer Bestrafung des Jugendlichen kommen zu können. — Bemerkt mag schließlich noch werden, daß Olshausen anscheinend den Grundsatz, daß bei Gesetzeskonkurrenz das allgemeinere Gesetz von der Anwendung ausgeschlossen bleiben muß, wenn eine Bestrafung auf Grund des besonderen Gesetzes aus irgend einem, den gesetzlichen Tatbestand unberührt lassenden Grunde nicht erfolgen kann, gar nicht anerkennen, sondern Aufzehrung des einen Gesetzes nur dann zulassen will, wenn das andere, das besondere Gesetz „bei Bestande, d. h. strafbar bleibt“ (Köhler, Lehrb. S. 459). S. seine N. 3 Abs 2 a. E. zu § 46, im Zusammenhang mit N. 14 a, a. E., zu § 73.

[33]) Olshausen, Komm. (11) N. 5 a. E., zu § 3 J.G.G.

[34]) Gl. A. außer Olshausen und v. Bar auch: Frank a. a. O. III zu § 3 J.G.G.; Grimm a. a. O. S. 56; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht I S. 222; v. Lilienthal a. a. O.; Oetker, in Ger.S. 73 S. 391; Daniel, Ger.S. 78 S. 218 ff.; Schneider, Z.St.W. 15 S. 188 ff.; Delaquis a. a. O.; Hellwig a. a. O. S. 77. — (Außer Hellwig, Frank u. Olshausen sämtliche zu § 56 St.G.B.) — A. M. insbes. das Reichsgericht in ständiger Rechtsprechung (E. 5 S. 394, 25 S. 319, 47 S. 386); Allfeld, Lehrb. (8) S. 153 N. 6; Köhler, Lehrb. S. 335/336; Schmidt a. a. O. S. 51; v. Slupecki a. a. O. S. 40. (Sämtliche zu § 56.)

[35]) Frank, Komm. (16) S. 329.

alten Personen ist durch nichts in den Prozeßgesetzen selbst bezeugt. Insbesondere spricht m. E. auch nicht, wie vielfach geltend gemacht wird, [36]) die Zusammenstellung jener Personen in den beiden Prozeßordnungen mit Personen, die wegen mangelnder Verstandesreife oder wegen Geistesschwäche keine genügende Vorstellung von dem Wesen und der Bedeutung des Eides haben, für eine derartige Annahme. Wohl mag ja dem Gesetzgeber dabei der Gedanke vorgeschwebt haben, daß es die Regel sei, daß der noch nicht 16jährige Jugendliche ein genügendes Verständnis für Wesen und Bedeutung des Eides nicht besitze; ja, dieser Gedanke war wohl bestimmend für ihn, jene Prozeßvorschriften zu geben. Er hatte dabei aber wohl lediglich seine eigenen Interessen im Hinblick auf eine möglichst weitgehende Gewährleistung einer guten Rechtspflege, nicht auch Rücksichten auf die jugendlichen Personen im Auge.[37])

Wird also eine noch nicht 16jährige Person trotz jener Prozeßbestimmungen (etwa aus Versehen) vereidigt, so kann sie, wenn sie schuldhaft falsch schwört, tauglicher Täter eines Eidesdelikts sein und als solcher bestraft werden, sofern die Voraussetzungen des § 3 J.G.G. erfüllt sind.[38])

Auch die Frage, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt die Straflosigkeit der noch nicht 18 Jahre alten Verwandten und Verschwägerten absteigender Linie in § 173 Absatz IV R.St.G.B. zu betrachten sei, ist noch in Kürze zu behandeln. Das Reichsgericht nimmt an,[39]) daß ein Lebensalter über

[36]) z. B. von v. Bar a. a. O. S. 77/78.

[37]) Vgl. R.G. E. 36 S. 287—295. Die hier in Rede stehende Entscheidung ist ein Urteil der vereinigten Strafsenate des Reichsgerichts vom 23. Mai 1903, in dem das R.G. unter Beachtung der gesamten einschlägigen Literatur und eingehender Würdigung der Gesetzesmotive die früher vom 3. Senat (E. 4 S. 32) vertretene Auffassung, eine noch nicht 16 Jahre alte Person sei meineidunfähig, verwirft. Die Ausführungen des R.G. können m. E. in ihrer Gesamtheit — a. a. O. S. 282 bis 295 —, auch hinsichtlich der im Text nicht berührten Frage, ob etwa infolge jener prozeßgesetzlichen Verbote einer Vereidigung der noch nicht 16jährigen Personen dem Tatbestand des Meineides hier ein objektives Merkmal fehle, der Eid eines Eidesunmündigen kein Eid im Rechtssinne sei (S. 282—287), wohl überzeugen. Vgl. dagegen aber bes. Binding, Lehrb. II S. 146 N. 4.

[38]) Gl. A.: Allfeld, Lehrb. (8) S. 581; Köhler, Lehrb. S. 332; Olshausen, Komm. (11) N. 3b zu § 153. A. A. die meisten, z. B. Bar, a. a. O. S. 77; Binding, a. a. O.; Finger, Lehrb. I S. 218; Frank, Komm. (16) S. 329 N. IV zu Abschnitt 9; Hälschner, Das gemeine deutsche Strafrecht II S. 910; v. Liszt, Lehrb. § 181; Lobe, Leipziger Komm. (4) N. 6 zu § 3 J.G.G.; Wachenfeld, Lehrb. S. 568.

[39]) E. 19 S. 391. „Ganz zweifellos liegt . . . die Anschauung zu Grunde, daß unterhalb der kritischen Altersgrenze die Deszendenten grundsätzlich nur als willenloses, unter dem Ansehen und der Gewalt der sie mißbrauchenden Aszendenten handelnde Werkzeuge oder Opfer der letzteren angesehen werden sollen." (S. 393.)

18 Jahre zum positiven Tatbestandsmerkmal strafbarer Blutschande von Deszendenten gemacht sei. Hegler und Frank glauben, daß der Gesetzgeber hier „die psychische Zwangslage der jugendlichen Personen berücksichtigt und daher einen Entschuldigungsgrund aufstellt".[40]) M. E. ist es jedoch höchst zweifelhaft, daß der Gesetzgeber von einem derartigen Grundgedanken ausgegangen sei. Man wird wohl richtigerweise sich damit begnügen, die Straflosigkeit der Verwandten und Verschwägerten absteigender Linie lediglich auf kriminalpolitische Gesichtspunkte zurückzuführen und mit der herrschenden Meinung nur das Vorliegen eines persönlichen Strafausschließungsgrundes anzunehmen.[41]) Auch der noch nicht 18 Jahre alte Verwandte oder Verschwägerte absteigender Linie kann sonach Täter einer Blutschande sein.

Vierter Abschnitt.

§ 11.

Die Teilnahme an der Straftat eines Kindes oder Jugendlichen nach dem geltenden Rechte (§ 4 J.G.G.).

Die Anhänger der zu den §§ 55 und 56 R.St.G.B. in der Literatur überwiegend vertretenen Meinung, jene Paragraphen würden einen Schuldausschließungsgrund normieren (unwiderlegliche Vermutung der Unzurechnungsfähigkeit des noch nicht 12 Jahre alten Kindes, Unzurechnungsfähigkeit der Jugendlichen, dem die „zur Erkenntnis der Strafbarkeit erforderliche Einsicht" fehlte), konnten bei der (extrem-)akzessorischen Gestaltung der Teilnahme in unserem Strafgesetzbuche von 1871 [1]) dem kriminalpolitisch unerfreulichen und bedauerlichen Ergebnis der Straflosigkeit der Teilnehmer an der Straftat eines Kindes oder Jugendlichen nur teilweise dadurch entgehen, daß sie bei der Anstiftung den zur Straftat bestimmenden Strafmündigen als mittelbaren Täter, das Kind oder den einsichtsunfähigen Jugendlichen als unfreies, willenloses Werkzeug behandelten.[2]) Auch hinsichtlich der Strafbarkeit der Begünstiger und Hehler

---

[40]) Hegler in Z.St.W. 36 S. 205, Frank, Komm. (16) S. 364 N. III zu § 173.

[41]) So z. B. Binding, Lehrb. I S. 230; Allfeld, a. a. O. S. 415; Leipziger Komm. N. 5 zu § 173; Olshausen, N. 5c zu § 173; Wachenfeld, a. a. O. S. 457.

[1]) Vgl. o. S. 68.

[2]) Dabei oft außer acht lassend, daß in den Fällen, in denen der verbrecherische Wille und das bewußte Handeln des Altersunreifen klar zutage tritt und der Erwachsene offensichtlich nur eine Gehilfentätigkeit ausgeübt hat, mittelbare Täterschaft nie Platz greifen kann.

mußten sie zu dem gleichen Ergebnis: Straflosigkeit gelangen, da ja auch die §§ 257 ff. St.G.B. das Vorliegen einer „strafbaren Handlung", d. h. im Sinne des Gesetzes einer schuldhaft begangenen rechtswidrigen Tat, voraussetzen.[3] [4])

Dagegen konnten diejenigen, die für die §§ 55 und 56 einen rein persönlichen Strafausschließungsgrund annehmen — wohl mit Recht, wie wir gesehen haben —, die Strafbarkeit der Teilnehmer[5]) als solche sehr wohl bejahen; jo sogar oft bejahen, sofern sie sich mit der Praxis (dem R.G.) hinsichtlich der Zurechnungsfähigkeitserfordernisse mit der Fähigkeit, die tatsächlich-natürliche Bedeutung der Handlung zu erkennen, begnügten. Denn es sind nicht die wenigsten Fälle einer Straffälligkeit eines Jugendlichen und auch des Kindes, in denen der Altersunreife jene Voraussetzung erfüllt, in denen er nicht bloß als ein unbewußt handelndes, willenloses Werkzeug eines Erwachsenen erscheint, sondern als freier, sich der (natürlichen) Bedeutung und Folgen seiner Tat bewußter „Täter".

Es wurde oben in den §§ 7, 10 ausgeführt, daß es wohl richtig sei, auch für das J.G.G. anzunehmen, daß es in seinen §§ 2, 3 lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund, nicht einen Schuldausschließungsgrund normiert habe; gerade mit Rücksicht auf die Strafbarkeit der Teilnahme sei dies geschehen und die ausdrückliche Strafbarkeitserklärung der Teilnehmer im § 4 J.G.G. sei nur eine deklaratorische Bestimmung, die wohl im Hinblick auf die in der Literatur herrschenden Meinung, die „Strafunmündigkeit" würde einen Schuldausschließungsgrund bedeuten, zur Klarstellung in dem jener Auffassung entgegenstehenden Sinne gegeben wurde.

---

[3]) Bei der Hehlerei, § 259 St.G.B., wurde die Unerfreulichkeit des Ergebnisses dadurch abzuschwächen versucht, daß man die Möglichkeit einer Unterschlagung seitens des Erwachsenen betonte.

[4]) Bei der Begünstigung, § 257 St.G.B., spricht das Gesetz zwar nicht davon, daß eine „strafbare Handlung" des Vortäters vorliegen müsse, sondern der Täter muß ein „Verbrechen oder Vergehen' begangen haben. Es ist aber — mit Recht — unbestritten, daß das Verbrechen oder Vergehen des Vortäters eine „strafbare Handlung" = schuldhaft begangene rechtswidrige Tat sein muß. — Daß die Handlung des Vortäters bei der sachlichen Begünstigung — im Gegensatz zur persönlichen Begünstigung — „strafbar" in dem Sinne sein müsse, daß auch ein Strafverfahren des Staates entstanden sei, wird wohl mit Recht von der h. M. (s. z. B. Olshausen, Komm. N. 32 zu § 257, Frank, Komm. II zu § 257, Leipziger Komm. N. 12 II, 1) verneint.

[5]) „Teilnehmer" hier, wie im folgenden und auch o. in der Ueberschrift dieses § aus rein praktischen Gründen = nicht nur Anstifter und Gehilfen, sondern auch Begünstiger und Hehler.

Man wende nicht ein, die Gesetzesbegründung zu § 4 spreche gegen eine derartige Annahme. Die Begründung zu § 4 lautet: „Nach geltendem Rechte ist streitig, ob jemand, der einen Strafunmündigen oder einen Jugendlichen, dem das Unterscheidungsvermögen fehlt, zu einer Straftat angestiftet oder ihm dazu Hilfe geleistet hat, wegen Anstiftung oder Beihilfe bestraft werden kann, sowie ob Begünstigung und Hehlerei vorliegen, wenn die Vortat von einem Strafunmündigen oder einem Jugendlichen, dem das Unterscheidungsvermögen fehlte, begangen worden ist. Der Entwurf entscheidet diese Streitfragen entsprechend der herrschenden Lehre in bejahendem Sinn. Er folgt damit der Regelung, welche diese Fragen in dem Entwurfe der Strafrechtskommission und in dem Strafgesetzentwurfe von 1919 gefunden haben. Darauf, ob der Anstifter, Gehilfe, Begünstiger oder Hehler gewußt hat, daß der Angestiftete usw. strafunmündig oder nicht im Besitze des Unterscheidungsvermögens gewesen ist, kommt es, wie die Fassung des § 4 ergibt, nicht an". Abgesehen von der Frage, ob nicht im Gegenteil gerade hier — durch den 2. Satz: „Der Entwurf entscheidet..... im bejahenden Sinn" — klar zum Ausdruck gebracht ist, daß man auch für das neue Recht, §§ 2, 3 J.G.G., lediglich einen persönlichen Strafausschließungsgrund geben wollte,[7]) spricht jedenfalls nicht etwa der letzte Satz dagegen. Vielmehr muß dieser umgekehrt als weiterer, zu den in §§ 7, 10 dargelegten Gründen hinzukommender Grund für die Richtigkeit der Verneinung eines Schuldausschließungsgrundes zu §§ 2, 3 J.G.G. betrachtet werden, weil er ganz zu dem Gesetzestexte: „Die Strafbarkeit usw. wird nicht berührt" (= eine Neuregelung tritt nicht ein[8]) paßt. Dieser Satz bedeutet eben: Die Frage, unter welchem rechtlichen Gesichtspunkt die Bestrafung der Teilnehmer zu erfolgen hat, entscheidet sich in keiner Weise nach dem Vorhandensein des Unterscheidungsvermögens beim Altersunreifen, weder darnach, ob es objektiv, noch darnach, ob es nur in der Meinung des erwachsenen Teilnehmers gegeben war oder nicht; entscheidend ist vielmehr nur, ob der Altersunreife in Zurechnungsfähigkeit gehandelt hat oder nicht. War ersteres der Fall, so liegt strafbare Anstiftung vor, ebenso strafbare Beihilfe, Begünstigung und Hehlerei. War letzteres der Fall, d. h. war der Altersunreife zur Zeit der Tat unzurechnungsfähig — sei es auf Grund des § 51 St.G.B. infolge krankhafter Störung der Geistestätigkeit oder erheblicher Bewußtseinsstörung oder sei es nur infolge seiner Altersunreife —, dann Straflosigkeit des erwachsenen Hehlers, Begünstigers und Gehilfen, und Strafbarkeit des

[6]) Die Verfasser übersehen, daß die gegenteilige Meinung als die herrschende anzusehen ist.

[7]) Der nachfolgende dritte Satz scheint dagegen zu sprechen.

[8]) Vgl. o. S. 114.

den Altersunreifen zur Tat veranlaßt habenden Erwachsenen als mittelbarer Täter der von jenem begangenen Tat.[9])

Diejenigen, die für die §§ 2, 3 J.G.G. einen Schuldausschließungsgrund annehmen, können dagegen mit dem § 4 J.G.G. nicht recht zurechtkommen. Insofern sie wie Allfeld, Ger.-S. 92 S. 173, Gerland a. a. O. S. 79, Frank, Komm. (16) zu § 4 J.G.G. — eine Durchbrechung des Grundsatzes der Akzessorietät der Teilnahme annehmen, müssen sie zugeben, daß dies eine Ungereimtheit gegenüber dem übrigen noch geltenden Strafrechte sei; sofern sie — wie Hellwig, a. a. O. N. 2 zu § 4, Olshausen, Komm. (11) N. 2 zu § 4 — die Lehre von der mittelbaren Täterschaft trotz des § 4 gelten lassen wollen (m. E. nicht konsequent), können sie dies nur gezwungen rechtfertigen.

An der Straflosigkeit des Begünstigers bei der persönlichen Begünstigung — vgl. o. S. 81 N. 4 hat § 4 J.G.G. nichts geändert, nachdem ja der altersunreife Vortäter „der Bestrafung" nicht entzogen werden kann.[10])

---

[9]) Vgl. Bayerisches Oberstes Landesgericht, Urteil vom 12. April 1927 (in Deutsche Richterzeitung 1927, Beilage Nr. 603): „Ein Strafmündiger, der einen nach §§ 3 oder 4 J.G.G. nicht strafbaren Jugendlichen zu einer Straftat bestimmt hat, wird trotz dessen Straffreiheit als Anstifter zu bestrafen sein, soweit die allgemeinen Voraussetzungen dazu sonst vorliegen, es kann jedoch auch seine Strafbarkeit als mittelbarer Täter begründet sein, wenn der Jugendliche als Täter im strafrechtlichen Sinne überhaupt nicht in Betracht kommt, vielmehr nur als willenloses Werkzeug der Person gehandelt hat, die ihn zur Tat bestimmt hat, sei es, daß der Jugendliche sich in einem Zustand des § 51 St.G.B. befunden, sei es, daß er nicht mit dem nötigen Vorsatz gehandelt hat, oder sei es auch, daß seine Handlung nur die unfreie Folge des von dem Erwachsenen ausgeübten Einflusses unter gänzlichem Ausschluß der eigenen freien Willensentschließung des Jugendlichen darstellt'. — Vgl. noch R.G. E. 61 S. 266 ff.

[10]) Kiesow, J.G.G. N. 7 zu § 4; Olshausen, N. 5 zu § 4 J.G.G.